Ist der Staatsbeamte verpflichtet, rechtswidrige Dienstbefehle seiner Vorgesetzten zu befolgen?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Königl. Universität zu Breslau

ACAD. LIBRARY BIBL

vorgelegt von

Joseph Buchmann.

Breslau 1909.

Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau.
Referent: Professor Dr. Brie.
Korreferent: Professor Dr. Gretener.

Meiner lieben Mutter

und

dem Andenken meines Vaters.

Literatur-Verzeichnis.

Binding, Handbuch des Strafrechts. 1885.
Bluntschli, Lehre vom modernen Staate. 1875. Bd. I.
Bornhak, Preußisches Staatsrecht. 1888 ff.
Brauer, im „Gerichtssaal". 1856.
van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen. 1891.
Entscheidungen des Ober-Verwaltungsgerichts. Bd. 12 u. 28.
F. W. Freund, im Archiv für öffentliches Recht. Bd. 1. 1886.
A. Geyer, Grundriß des deutschen Strafrechts. 1885.
N. Th. Gönner, Der Staatsdienst, aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet.
X. Gretener, Zum Entwurfe eines M.Str.G.B. für die Schweiz. Eidgenossenschaft. 1886.
Hecker, Über das Verhältnis des Zivilstrafrechts zum Militärstrafrecht. 1885.
v. Kirchenheim, im „Gerichtssaal" 1878.
v. Koppmann, Das M.Str.G.B. 1903.
Kröll, Die Bedeutung des Befehls nach Militärstrafrecht. 1904.
Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches. 1901.
Luden, Abhandlungen. II.
Martin, Lehrbuch des Strafrechts. 1829.
M. E. Mayer, in der Festschrift Paul Laband gewidmet. 1908.
Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht. 1895.
Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 1905.
H. Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 5. Aufl. 1895.
Rehm, in den Annalen des deutschen Reichs. 1885.
Rüdorff, Kommentar zum M.Str.G.B. 2. Aufl. von Solms. 1878.
Seydel, Bayerisches Staatsrecht. III. 1886.
H. Schulze, Deutsches Staatsrecht. Bd. 1. 1888.
H. A. Zachariae, Deutsches Reichs- und Bundesstaatsrecht. 1865 ff.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitende Darlegung des Staatsbegriffes 1

I. Abschnitt.

Der Zivilbeamte.

§ 1. Begriff des Staatsbeamten . . . . . 1— 7

§ 2. Die Gehorsamspflicht gegenüber Dienstbefehlen der Vorgesetzten . . . . . 7— 9

§ 3. Die Merkmale der rechtswidrigen Dienstbefehle . 9—12

§ 4. Die Möglichkeit des Vorkommens derselben . . . 12—14

§ 5. Stellungnahme zur Aufgabe 14

1. die bisherigen Versuche, das Problem der Gehorsamsfrage zu lösen. . . . . 14—20

2. der Staatsbeamte ist nicht zum Gehorsam verpflichtet gegenüber formell-rechtswidrigen Befehlen, sowie gegenüber jenen, die gegen ein Strafgesetz oder ein Verbotsgesetz verstoßen . 20—29

3. die Behandlung der Frage in der Praxis der höchsten Gerichte . . . . . 29—30

II. Abschnitt.

Der Militärbeamte.

§ 6. Begriff des Militärbeamten . . . . . 30—31

§ 7. Begrenzung der Gehorsamspflicht im Frieden und im Kriege im allgemeinen . . . . . 31—34

§ 8. Der Dienstbefehl und seine Stellung zum „Befehl in Dienstsachen“ nach dem M.Str.G.B. . . . . 34—35

§ 9. Der rechtswidrige Dienstbefehl [Befehl in Dienstsachen] . . . . . 35—37

§ 10. Stellungnahme zum Thema . . . . . 37—42

§ 11. Rechtfertigung der durch das M.Str.G.B. erfolgten Lösung . . . . . 42—46

Einleitende Darlegung des Staatsbegriffes.

Der Gegenstand dieser Abhandlung gehört dem Staatsrecht an. Deshalb wird eine knappe Darlegung des Staatsbegriffes vorauszuschicken sein, zumal da die folgende Abhandlung in zahlreichen Punkten von dem gefundenen Staatsbegriffe beeinflußt wird.

Nach der herrschenden Ansicht nennen wir „Staat" ein Gemeinwesen auf einem bestimmt begrenzten Teile der Erde unter einer höchsten Gewalt und mit einer Verfassung zwecks Förderung aller vernünftigen Interessen der Gesamtheit seiner Mitglieder.

I. Abschnitt.

Der Zivilbeamte.

§ 1. Begriff des Staatsbeamten.

Dieser Staatsbegriff charakterisiert einmal sowohl das heutige Deutsche Reich als auch die Gliedstaaten desselben als Staaten. Hier, wie in jedem Staate überhaupt, tritt der Staatswille, d. i. der Wille, den genannten Zweck zu erreichen, nach außen zunächst in der Person des Staatsoberhauptes oder Herrschers in die Erscheinung. Da diesem aber die Natur der Dinge und in der Regel auch die Verfassung es unmöglich machen, alle Funktionen zur Verwirklichung des Staatszweckes persönlich auszuüben, so ist es erklärlich, daß in jedem Staate zur Unterstützung des Oberhauptes andere Personen in Anspruch genommen

werden müssen, denen ein bestimmter Kreis von Tätigkeiten durch Verfassung oder Gesetz zugewiesen ist. Damit ist die Einrichtung von Staatsämtern gegeben. Diejenigen Personen nun, denen die Wahrnehmung von Staatsämtern aufgetragen wird, bezeichnen wir üblich als „Staatsbeamte“ oder „Staatsdiener“. Trotz der Polemik von Rehm[1]) werden doch die Bezeichnungen „Staatsbeamter“ und „Staatsdiener“ als gleichwertig und gleichbedeutend verwendet werden können, da sowohl der allgemeine Sprachgebrauch als auch das positive Staatsrecht zwischen ihnen keinen Unterschied macht.

Auch das Deutsche Reich und seine Gliedstaaten, die wir oben als „Staaten“ kennen gelernt haben, haben ihre Staatsbeamten. Von den Staatsbeamten des Reiches wird im wesentlichen dasselbe wie von denen der Einzelstaaten gelten.

Da der Gegenstand der Abhandlung die Frage ist, ob der „Staatsbeamte“ verpflichtet sei, rechtswidrige Dienstbefehle seiner Vorgesetzten zu befolgen, so wird man eine Erörterung der Begriffsmerkmale des Staatsbeamten nicht umgehen können.

Zwar suchen wir im Gesetz vergeblich nach einer allgemein gültigen Definition des Staatsbeamten, doch dürfte an dieser Stelle der § 359 Str.G.B. nicht ohne Bedeutung sein: „Unter Beamten im Sinne dieses Strafgesetzes sind zu verstehen alle im Dienste des Reichs oder in unmittelbarem oder mittelbarem Dienste eines Bundesstaates auf Lebenszeit, auf Zeit, oder nur vorläufig angestellte Personen, ohne Unterschied, ob sie einen Diensteid geleistet haben oder nicht, ingleichen Notare, nicht aber Advokaten und Anwälte.“ Wenn auch der Gesetzgeber seine Definition auf das Strafgesetzbuch beschränkt, so tut er uns zum mindesten teilweise kund, was das Wesen eines jeden Beamten des Reiches oder eines Bundesstaates ausmacht. Als Staatsbeamte sieht er nur diejenigen an, die dem

[1]) Annalen des Dtsch. Reiches 1885 § 55 S. 160, 161.

Reiche oder einem Bundesstaate Dienste leisten. Also nicht dem Sonderinteresse eines Privaten sind die Dienste, die Arbeitskraft des Staatsdieners gewidmet, ebensowenig der „Person" des Staatsoberhauptes. „Wenn auch die Staatsdiener in den monarchischen Staaten ohne Zweifel Diener des Fürsten heißen können, so sind sie es doch nur für seinen fürstlichen Beruf oder für die Erfüllung seiner Regentenpflichten und nicht für seine persönlichen oder Privatzwecke."[1]) Die Erledigung eines Teiles der Aufgaben, welche der Staat als die seinigen anerkennt, ist der wesentliche Inhalt der Tätigkeit des Staatsbeamten. Um mit dem allgemeinen Landrecht II, 10 § 1 zu sprechen, seine Dienste „sind vorzüglich bestimmt, die Sicherheit, die gute Ordnung und den Wohlstand des Staates unterhalten und fördern zu helfen." Auf die Art der Arbeit kommt es durchaus nicht an. Danach können technische, wissenschaftliche oder obrigkeitliche Funktionen Gegenstand der Staatsbeamtentätigkeit bilden.

Auf Grund dieses gefundenen Begriffsmerkmales sind daher nicht zu den Staatsbeamten zu zählen:

1. die Mitglieder der Volksvertretung;

2. die Hofbeamten, welche nur der Person des Staatsoberhauptes Dienste leisten (vgl. R.G. i. Str. Bd. XXI S. 381);

3. Personen, die zu einer Tätigkeit im Dienste des Publikums vom Staate konzessioniert bezw. approbiert sind, z. B. Rechtsanwälte und Ärzte;

4. die Kommunal- und Kirchenbeamten, außer wenn sie im Nebenamte staatliche Funktionen ausüben.[2])

Es fragt sich nun, ob etwa jeder schon dann Staatsbeamter im wahren Sinne ist, wofern er nur dem Staate

---

[1]) Zachariä a. a. O. § 133; IV.

[2]) Die Beamten der Gemeinden und privilegierten Kirchen sind nach A.L.R. II, 10 § 69 und II, 11 §§ 19 und 96 als mittelbare Staatsbeamte zu betrachten. Hinsichtlich der Kommunalbeamten wird dieser Standpunkt insbesondere in Preußen festgehalten.

Dienste leistet. Der Soldat beispielsweise leistet dem Staate recht wertvolle Dienste, und doch wird niemand gesonnen sein, in ihm, der nur seiner gesetzlichen Wehrpflicht genügt, einen Staatsbeamten zu erkennen.

Man könnte meinen, der Name „Staatsbeamter" bringe Aufschluß darüber, was sein Wesen ausmache, indem er auf das „Amt" hinweist. Sollte also vielleicht das Amt für den Begriff des Staatsbeamten wesentlich sein? Das Gegenteil weist Laband[1]) nach und zeigt an den zur Disposition gestellten und pensionierten Beamten, daß es auch Beamte ohne Amt gibt. Umgekehrt macht das Amt allein seinen Inhaber noch nicht zum Staatsbeamten. Darum zählen jene Personen nicht zu den Staatsbeamten, die ein solches auf Grund einer allgemeinen staatsbürgerlichen Pflicht übernehmen müssen, wie z. B. das Amt des Schöffen oder des Geschworenen.

Ebensowenig ist die längere oder kürzere Dauer des Amtes dem Begriff des Statsbeamten essentiell. Schulze[2]) freilich verlangt, daß die Dienste nicht vorübergehende seien, „sondern in Bekleidung eines vom Staate errichteten ständigen Amtes" geleistet werden. Auch Zachariä[3]) fordert „Stetigkeit des Amtes". Diese und G. Meyer[4]) halten es weiter für notwendig, daß der Staatsbeamte aus dem Dienste seinen Lebensberuf mache; es genüge nicht, „daß die Tätigkeit im öffentlichen Dienste nur als Nebenbeschäftigung übernommen werde". Wenn Meyer[5]) erklärt, „daß — in den Fällen, in denen Beamte nicht lebenslänglich oder berufsmäßig ein Amt bekleiden — „zwar ein Beamtenverhältnis besteht, aber nicht ein volles", und Schulze[6]) meint, „daß solche Personen Beamte seien, auf die nicht das volle Staatsdiener- und Beamtenrecht Anwendung

[1]) Laband a. a. O. I 403 ff.
[2]) Schulze a. a. O. I 304.
[3]) Zachariä a. a. O. § 133 III.
[4]) G. Meyer a. a. O. S. 498.
[5]) G. Meyer a. a. O. S. 499.
[6]) Schulze a. a. O. I 304.

findet", so geben doch beide zunächst das zu, daß es sich trotzdessen immer noch um Beamte handelt; sodann erhellt aber auch das aus ihren Worten, daß die Stetigkeit des Amtes und die Berufsmäßigkeit seiner Ausübung für den Beamtenbegriff nicht wesentlich sein können.

Auch die Besoldung für die geleisteten Dienste ist nicht essentiell. Typische Beispiele für Personen, die unzweifelhaft Staatsbeamte sind, ohne besoldet zu sein, sind die unbesoldeten Assessoren und Lehrer an höheren Schulen. Umgekehrt wieder gibt es Personen, die trotz der Besoldung für geleistete Dienste keine Staatsbeamte sind; es genügt hier, an die Soldaten und die vom Staate bestellten Kommissionsmitglieder zu erinnern, denen Entschädigungen gezahlt werden.

Erst der Eintritt in ein eigenartiges Dienstverhältnis verleiht demjenigen, welcher dem Staate Dienste irgend einer bestimmten Art leistet, den Charakter eines Staatsbeamten. Eben dieses Dienstverhältnis, dessen Charakterisierung zur Formulierung des Staatsbeamtenbegriffs unbedingt notwendig ist und daher Gegenstand des folgenden Abschnittes sein soll, macht zum „Staatsbeamten in technischer Bedeutung".[1])

Auf verschiedenen Rechtsgründen können die dem Staate geleisteten Dienste beruhen. Erwähnt sind bereits die sich aus der allgemeinen Untertanenpflicht ergebenden Funktionen, wie der Schöffen- und Geschworenendienst, ferner der auf der gesetzlichen Wehrpflicht beruhende Heeresdienst. Ein nicht seltener Rechtstitel für Dienstleistungen dem Staate gegenüber ist der privatrechtliche Vertrag. Bei einem solchen stehen sich die Kontrahenten völlig gleichberechtigt gegenüber. Wollte man nun behaupten, bei dem Dienstverhältnis zwischen dem Staate und dem Beamten läge eine ähnliche Gleichberechtigung von Staat und Beamten vor, so wäre dies eine Verkennung der

[1]) Vgl. Zachariä a. a. O. § 133; Bluntschli: Lehre vom modernen Staate 1875 Bd. 1, S. 599. Schulze I, 304.

wahren juristischen Natur des besagten Dienstverhältnisses. Es handelt sich dabei nach richtiger Ansicht um ein öffentlich-rechtliches, genauer gesagt, staatsrechtliches Verhältnis, d. h. die Dienste des Beamten werden einmal im Interesse der Gesamtheit aller Staatsangehörigen geleistet; ferner steht ihm zur Durchführung der Dienstleistungen die Ausübung der öffentlichen Gewalt zu. Ein Dienstverhältnis solchen Inhalts ist jedoch zwischen Privaten ausgeschlossen. Es kommt hinzu, daß es durch Gesetze und Verordnungen, die nur von der öffentlichen Gewalt ausgehen können, seine Regelung erfährt. Daraus erhellt zur Genüge die staatsrechtliche Natur des Beamtendienstverhältnisses. Diese hat als erster N. Th. Gönner hervorgehoben. Er hat mit der Ansicht derer aufgeräumt, die der Macht des Herrschers schmeichelten, indem sie das Dienstverhältnis als Prekarium, Mandatum oder Privilegium kennzeichneten und als eine Konsequenz dieses, dem absoluten Fürsten der damaligen Zeit nur genehmen Charakters seine Widerruflichkeit betonten. Aber auch denjenigen, die vorurteilslos das Rechtsverhältnis zwischen Staat und Beamten als Mietsvertrag oder Innominatkontrakt auffaßten, wies er das Falsche ihrer Ansicht nach und kleidet an der einen Stelle seinen entgegengesetzten Standpunkt in die Worte ein: „Staatsdienste gehören zum öffentlichen Rechte und müssen nach der Natur des Staates beurteilt werden,“[1]) somit „dürfen ihre Verhältnisse aus dem Privatrechte nicht bestimmt werden“.[2]) Seitdem hat die öffentlich-rechtliche Natur des Dienstverhältnisses mit einigen unbedeutenden Ausnahmen allseitige Anerkennung gefunden, so bei Zachariä[3]): „Rein staatsrechtlich ist das Dienstverhältnis insofern, als die Ausübung der Dienstfunktionen des öffentlichen Beamten rechtlich begründet wird. Diese Dienstfunktionen können aber ihrer Natur nach, da sie ein Teil der ganzen Staats-

[1]) Gönner a. a. O. S. 143,

[2]) Ebenderselbe S. 175.

[3]) Zachariä a. a. O. II. S. 28.

tätigkeit sind, nicht eigenes Recht des Beamten sein". Desgleichen sagt Rehm[1]), sein Platz im Rechtssystem sei ihm in der öffentlichen Rechtsordnung zugewiesen.

Aus der Zugehörigkeit des Beamtendienstverhältnisses zum öffentlichen Rechte müssen wir folgerichtig annehmen, daß auch die Begründung desselben auf eine Tatsache zurückzuführen ist, die dem nämlichen Rechtsgebiete angehört. Wollte man seine Entstehung mit der jüngsten Richtung in der staatsrechtlichen Wissenschaft auf einem Vertrage, wenn auch öffentlich-rechtlicher Natur, beruhen lassen, so müßte man von der Gleichstellung des Staates mit dem Beamten ausgehen, eine Auffassung, die oben als unzutreffend erkannt worden ist.

Wir werden vielmehr die entgegengesetzte Ansicht als die allein richtige anzusehen haben, daß nämlich das Beamtenverhältnis einseitig durch einen Ausspruch der Staatsgewalt entsteht. Da nun die Staatsgewalt im Staatsoberhaupte verkörpert wird, so bewirkt dasselbe die Aufnahme in das Dienstverhältnis. Durch Gesetz oder Verordnung ist indes die Ausübung des staatlichen Willensaktes in sehr vielen Fällen an die Zentral- oder an andere höhere Behörden delegiert worden, welche sie im Wege einer Verfügung und innerhalb ihrer gesetzlichen Schranken bewirken. Die Form, in welcher die Begründung des öffentlichen Dienstverhältnisses sich vollzieht, ist die der sog. Anstellung, die sich nach gesetzlicher Vorschrift in der Aushändigung einer in solennen Worten gehaltenen Urkunde dokumentiert.

§ 2. Die Gehorsamspflicht gegenüber Dienstbefehlen der Vorgesetzen.

Staat und Beamter stehen, wie wir gesehen haben, als Befehlender und Unterworfener einander gegenüber. In dieser Stellung des Beamten haben auch seine Pflichten gegen den Staat ihren letzten Grund.

---

[1]) Rehm a. a. O. 1885 S. 110.

Während als einzige ethische Pflicht die Treue zu erwähnen ist, überragt die Reihe der Rechtspflichtigen, die sich vor allem durch ihre Erzwingbarkeit auszeichnen, die Verpflichtung zum Gehorsam gegenüber den Befehlen und Anordnungen der Vorgesetzten. Während die Privatperson in ihren Handlungen vollkommen frei ist, d. h. nur von dem eigenen Willen bestimmt wird, ist der Beamte im Staatsdienste durch das Dienstverhältnis in seiner Handlungsfreiheit beschränkt. Er darf als Amtsperson nur das tun, was zu den Funktionen seines Amtes gehört. Den Kreis derselben begrenzt er nur in den wenigsten Fällen sich selbst; dagegen findet er in den Anweisungen seiner Vorgesetzten, den Dienstbefehlen im technischen Sinne, den Regulator für seine dienstliche Tätigkeit. Die im modernen Staate zur Bewältigung aller im Staatszwecke liegenden Aufgaben notwendig bis ins Kleinste durchgeführte Organisation des Staatsbeamtentums bringt ganz natürlich eine vom niedrigsten bis zum höchsten Staatsbeamten aufsteigende Stufenleiter mit sich, die in ihren einzelnen Stufen als ein Unterordnungsverhältnis der Beamten zueinander in die Erscheinung tritt. Soll diese Organisation kein Scheindasein führen, dann muß der untergeordnete Beamte in dem ihm übergeordneten auch wirklich seinen Vorgesetzten erkennen und als solchen behandeln. Doch wird grundsätzlich der dienstliche Gehorsam nur gegenüber Befehlen der unmittelbaren Vorgesetzten beansprucht werden können. Denn es erschiene unvernünftig und in den meisten Fällen für das Gesamtwohl unzuträglich, wenn tiefer stehende Beamte gebunden wären, jedem der vielen höheren Vorgesetzten zu gehorchen. Die Unhaltbarkeit eines derartigen Zustandes würde besonders in jenen Fällen kraß hervortreten, in denen der eine Befehl dem anderen widerspräche. Also nur unmittelbar über- bezw. untergeordnete Beamte betrifft das Befehlsrecht bezw. die Gehorsamspflicht. Die weittragende Bedeutung der Gehorsamspflicht kennzeichnet Schulze[1]) treffend mit den

[1]) Schulze a. a. O. I. 315

Worten: „Im Gehorsam lassen sich alle Amtspflichten des Beamten zusammenfassen". Da also der Gehorsam eine Amtspflicht ist, so ist auch von vornherein ersichtlich und bedarf keiner näheren Erörterung, daß die Befehle der Vorgesetzten dann keinen Gehorsam beanspruchen dürfen, wenn sie Gegenstände betreffen, die nicht in den Bereich des Amtes gehören oder mit diesem in keinerlei innerem Zusammenhange stehen. Nach übereinstimmender Ansicht aller Schriftsteller erlischt also die Gehorsamspflicht des Beamten in allen jenen Fällen, wo die Befehle reine Privatangelegenheiten des Befehlenden oder Verpflichteten, desgleichen die Ausübung allgemeiner staatsbürgerlicher Rechte betreffen. Sonach ist er nur gegenüber Dienstbefehlen zum Gehorsam verpflichtet.

Als Dienstbefehle im technischen Sinne[1]) gelten diejenigen Anweisungen, die auf Grund des Dienstverhältnisses bestimmt sind, „die eigene Amtstätigkeit des untergebenen Beamten in Bewegung zu setzen". Oft genug werden es Willensakte der übergeordneten Behörden sein, durch welche Gesetze und Verordnungen für das einzelne Verhältnis zur Verwirklichung gelangen sollen; dagegen sind die Gesetze und Verordnungen selbst niemals Dienstbefehle als solche.[2]) Diese so knappe und doch treffende Definition des Dienstbefehls bei Otto Meyer ist scharf zu scheiden von dem für die vorliegende Arbeit gar nicht in Frage kommenden Amtsbefehl. Letzterer geht von einer Behörde oder einem Beamten aus und wendet sich an zwar untergeordnete, aber nicht in einem öffentlich-rechtlichen Gewaltverhältnis zum Befehlenden stehende Personen.

§ 3. Die Merkmale der rechtswidrigen Dienstbefehle.

Soll nun jedem dienstlichen Befehle, vor allem dem rechtswidrigen die Kraft innewohnen, den Angewiesenen zum geforderten Handeln zu zwingen? Für die Beantwortung

[1]) Vgl. Otto Mayer a. a. O. I § 8 II S. 102, vgl. S. 230.
[2]) Vgl. v. Kirchenheim a. a. O. S. 187.

dieser Frage ist es nötig, einmal die Kennzeichen rechtswidriger Dienstbefehle festzulegen und darauf zu zeigen, daß derartige Befehle möglich sind und auch als Dienstbefehle angesehen werden müssen.

Am sichersten wird die Staatsmaschine da arbeiten, wo der Wirkungskreis des einzelnen Beamten durch Gesetze und Verordnungen genau umgrenzt ist. Gehört nun der Erlaß von dienstlichen Befehlen zur Tätigkeit eines Beamten, so werden sie bestimmten gesetzlichen Vorschriften genügen müssen, wenn der angewiesene Beamte sie befolgen soll. Als bewußt mitarbeitendes Glied des Staatsorganismus, das als solches in erster Linie zur Förderung des Staatswohles berufen ist, hat der Untergebene nicht bloß das Recht, sondern auch die Pflicht, sich zunächst von dem Vorhandensein der gesetzlich geforderten Form des Dienstbefehles zu vergewissern. Als äußere Form dient meist die Schriftform, vielfach auch eine beigefügte Unterschrift, das Amtssiegel oder ähnliches. Die Prüfung der Befehle auf ihre Form hin wird in den wenigsten Fällen Schwierigkeiten bereiten. Wegen der Selbstverständlichkeit des Formerfordernisses wird dieses von manchen Gesetzgebungen gar nicht betont; und doch kann Schulze[1]) getrost behaupten, daß nach der allgemeinen deutschen Rechtsanschauung der Beamte die formelle Seite des Befehls zu prüfen hat. Darum wird also ein Befehl, der nicht in vorschriftsmäßig amtlicher Form erteilt wird, ein rechtswidriger Dienstbefehl sein. — Zu der äußeren Form muß die vom Gesetz begrenzte sachliche und örtliche allgemeine Zuständigkeit des befohlenen Beamten für den betreffenden Dienstbefehl hinzutreten. Der ergangene Befehl muß danach in seinem räumlich festgestellten Amtsbezirke zur Ausführung gelangen und der Dienstpflichtige selbst zur Verwirklichung des Befehlsinhaltes berechtigt sein. Das hierdurch ausgesprochene Erfordernis betont auch ein Erkenntnis des Preuß. Obertribunals vom 17. Dezember 1871, welches für den einen

[1]) Schulze a. a. O. I. S. 315.

Befehl ausführenden Beamten verlangt, daß demselben sowohl „in örtlicher wie in sachlicher Beziehung Zuständigkeit beigewohnt habe, daß er also i. a. befugt gewesen sei, Vollstreckungshandlungen der fraglichen Art am betreffenden Orte vorzunehmen". Die Entscheidung des Beamten in dieser Beziehung wird für ihn schon schwieriger sein als die Prüfung der vorgeschriebenen Form; indes werden damit an die geistige Fähigkeit des Prüfungspflichtigen keine größeren Anforderungen gestellt, als solche für die Bekleidung des Amtes vorgeschrieben sind. Also nur innerhalb der eigenen Zuständigkeit des Beauftragten darf der Befehl auszuführen sein, weil „jeder Organismus im Staate nur soweit Vertreter des Staatswillens ist, als seine Tätigkeit innerhalb des ihm sachlich angewiesenen Bereiches liegt",[1]) und weder der Dienstpflichtige selbst noch der Befehlende aus eigener Macht imstande ist, den Bereich der Zuständigkeit zu erweitern. Darum werden Befehle, welche dies tun, nicht mehr gesetzmäßige Dienstbefehle, sondern gesetzwidrige sein. Aber auch die allgemeine sachliche und örtliche Zuständigkeit des anordnenden Beamten, also des Vorgesetzten, gehört zu den wesentlichen Merkmalen eines rechtmäßigen Dienstbefehls. Diese letztere Voraussetzung für die Gehorsamspflicht des untergebenen Beamten liegt dann vor, wenn der Vorgesetzte einerseits nach Gesetzesvorschrift zum Erlaß eines Befehles berechtigt, sein Amt gerade dazu eingerichtet ist (sachliche Zuständigkeit), er andrerseits die Befugnis hat, gerade für den örtlichen Bezirk, in dem der Befehl zur Ausführung gelangen soll, seines Amtes zu walten (örtliche Zuständigkeit). Da es nun im modernen Rechtsstaate nicht angeht, daß ein Beamter seine Kompetenz eigenmächtig auf ein fremdes örtliches oder sachliches Gebiet ausdehnt, so braucht der Untergebene im konkreten Falle nur festzustellen, ob der Vorgesetzte sich innerhalb der Schranken seiner Kompetenz gehalten hat. Kommt er dabei zu einem negativen Ergebnis, dann muß er den Befehl als einen rechts-

[1]) von Kirchenheim a. a. O. S. 198.

widrigen betrachten und sein dienstliches Verhalten darnach einrichten.

Die im Vorausgegangenen angeführten Merkmale des rechtmäßigen Dienstbefehls werden allenthalben in der Wissenschaft als formell-rechtliche Erfordernisse zusammengefaßt[1]) und diejenigen Dienstbefehle, welche denselben nicht genügen, als formell-rechtswidrige bezeichnet. Zu ihnen stellt man die materiell-rechtswidrigen in Gegensatz.

Unter letzteren versteht man jene Anweisungen der Vorgesetzten, die formell sehr wohl dem Recht genügen können, deren Inhalt aber den obersten Prinzipien des Rechtes und der Sitte zuwiderläuft oder unmittelbar die Begehung einer strafbaren Handlung bezweckt. Aber auch schon dann, wenn der Befehlsinhalt — ohne schon strafbar zu sein — schlechthin vom Gesetze verboten ist oder sich nicht auf eine positive Gesetzesnorm — dieselbe kann sowohl dem Privat- oder Strafrecht als auch dem Verwaltungs- oder Prozeßrecht angehören — zurückführen läßt,[2]) liegt ein materiell-rechtswidriger Befehl vor.

§ 4. Die Möglichkeit des Vorkommens rechtswidriger Dienstbefehle.

Mehrfach begegnet man in der Wissenschaft der Ansicht, daß den oben erörterten rechtswidrigen Befehlen der Charakter als Dienstbefehle abzusprechen sei. Diese Versuche müssen jedoch als mißlungen zurückgewiesen werden, da sie nur dazu dienen sollen, eine möglichst bequeme Lösung der Pflichtenkollision in dem Befohlenen zu schaffen. Daß vielmehr die Erteilung derartiger Befehle als Dienstbefehle nicht ausgeschlossen ist und dieselben als solche anzuerkennen sind, dafür sprechen verschiedene Erwägungen.

---

[1]) Vgl. M. E. Mayer in der „Festschrift Paul Laband gewidmet von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg 1908. S. 126. Verf. bezeichnet dieselben als Ausführungsbestimmungen.

[2]) Vgl. M. E. Mayer a. a. O., S. 126, der hier von „auszuführenden Rechtsnormen“ spricht.

Wenn es auch heutzutage, — wo wir uns rühmen, im Rechtsstaate zu leben, dessen Gesetzgebungstätigkeit auf die erschöpfende Normierung möglichst zahlreicher Lebensverhältnisse gerichtet ist, — fast unmöglich dünken mag, daß es einerseits Gesetze gibt, die klar und deutlich gewisse Handlungen verbieten, andrerseits Anordnungen erlassen werden, die geradezu die Ausführung des gesetzlich Verbotenen zum Gegenstand haben, so dürfen wir eben nicht vergessen, daß jede Rechtsordnung nur eine von Menschen gesetzte ist und sie darum Unvollkommenheiten zeigt, die mehr oder minder jedem Menschenwerke anhaften. Allerdings läßt nicht jedes Rechtsgebiet derartige Dienstbefehle zu. Ein Blick auf die Rechtsordnung belehrt uns,[1]) daß sie nicht auf dem Boden des Privatrechts vorkommen werden und daher die Gewaltverhältnisse des Vaters über das Kind, des Lehrers über die Schüler etc. hier nicht in Frage stehen; denn der Untergebene könnte seine Handlungen niemals durch den Hinweis auf den ergangenen Befehl rechtfertigen, weil nach dem bestehenden Recht der Befohlene jedem Befehle gegenüber ein Recht auf Prüfung bezüglich seiner Rechtmäßigkeit hat und demgemäß die Ausführung insbesondere dann verweigern wird, wenn dieselbe strafbar ist. — Die Pflichtenkollision infolge rechtswidriger Dienstbefehle wird vielmehr nur im Bereiche des öffentlichen Rechts möglich sein. Auf Grund des bestehenden Dienstverhältnisses ist der untergebene Staatsdiener verpflichtet, im allgemeinen seine persönliche Überzeugung gegenüber der ihm vom Dienstvorgesetzten bekannt gegebenen aufzugeben. „Daß im Staatsdienstverhältnisse dem Befehl des Vorgesetzten gehorcht werden muß, hat seinen Grund nicht darin, daß der Befehl der individuelle Wille jenes ist, sondern in dem Rechte, dem Dienstgesetze, welches vorschreibt, die Befehle des Vorgesetzten zur Ausführung zu bringen. Dem Beamten muß der Befehl

---

[1]) Vgl. hierzu Brauer a. a. O. 381.

als Gesetz erscheinen".[1]) In Gemäßheit der Dienstgesetze zu handeln, die ja schließlich die Förderung des Gesamtwohles bezwecken, werden wohl alle Staatsbeamten, in Sonderheit jene, denen eine Anzahl anderer untergeordnet ist, bestrebt sein. Trotzdem darf nicht als ausgeschlossen erachtet werden, daß ein Vorgesetzter bewußt oder unbewußt — etwa weil er den Anforderungen des Amtes nicht oder nicht mehr gewachsen ist, — von seiner Gewalt einen Gebrauch macht, der mit den bestehenden Gesetzesvorschriften nicht im Einklange steht. Auch von der Wissenschaft wird die Möglichkeit rechtswidriger Dienstbefehle allgemein zugegeben. Binding[2]) äußert seine Meinung mit den Worten: „Es gibt nach geltendem Rechte verbindliche rechtswidrige Befehle;" und wenn Martin[3]) den verbindlichen rechtswidrigen Befehl zu denjenigen Fällen zählt, in welchen verbrecherisches Tun oder Unterlassen ausnahmsweise völlig rechtmäßig sei, so liegt darin doch eine Bestätigung für das Vorkommen solcher Befehle. Noch deutlicher geht dies aus Ludens[4]) Bemerkung hervor, der nicht einmal eine Rechtfertigung der auf den Befehl hin ausgeführten Handlung billigt, sondern sie dem subjektiven Rechte des Verletzten gegenüber eine rechtsverletzende nennt und dadurch den Befehl als rechtswidrigen charakterisiert. A. Geyer[5]) seinerseits will nicht verwechselt wissen „rechtswidrige Handlungen, welche in Ausübung einer vom Staate auferlegten Pflicht begangen wurden", mit „rechtswidrigen Befehlen eines Vorgesetzten".

§ 5. Stellungnahme zum Thema.

1. Die bisherigen Versuche, das Problem der Gehorsamsfrage zu lösen.

Die Erklärung des rechtswidrigen, des formell- wie des materiell-rechtswidrigen Dienstbefehles und der Nachweis

[1]) Luden, Abhandlungen II 513. Anm. 1.
[2]) Binding, Strafrecht I 804.
[3]) Martin, Strafrecht § 44.
[4]) Luden, Abhand. II. 516.
[5]) A. Geyer a. a. O. I. 78.

für das Vorkommen solcher dienstlicher Anweisungen mußte, weil für die Beantwortung des Themas unerläßlich, vorausgehen.

Es ist nun in der neuesten Zeit von zahlreichen Staatsrechtslehrern unternommen worden, das Problem der Gehorsamspflicht des Staatsbeamten gegenüber rechtswidrigen Dienstbefehlen zu lösen. Jedoch haben diese Versuche, die in ihren einzelnen Resultaten voneinander stark abweichen, bisher zu einem allgemein befriedigenden Ergebnis nicht geführt.

Als durch die politischen Ereignisse gegen Ende des 18. Jahrhunderts die Staatsrechtswissenschaft in neue Bahnen gelenkt wurde, setzte auch bald die Frage nach der Grenze des Beamtengehorsams ein.

Weil z. Zt. der absoluten Regierungsform Gesetzgebung und Verwaltung von dem uneingeschränkten Willen des Herrschers abhängig war, ergab sich auch für den Staatsbeamten folgerichtig die Pflicht unbedingten, sog. blinden Gehorsams selbst rechtswidrigen Befehlen gegenüber; denn „regis voluntas suprema lex“ galt für den Beamten in noch höherem Maße als für den Untertan. Aber als mit dem Beginn des konstitutionellen Zeitalters jener Grundsatz in „salus publica suprema lex esto“ abgeändert werden mußte, da gab es auch keine Möglichkeit mehr, den Staatsbeamten zu unbedingtem Gehorsam gegenüber allen Anordnungen der Vorgesetzten zu verpflichten.

Aus der Erwägung heraus, daß der Beamte, bei seiner Tätigkeit sich an die Verfassung und die Gesetze zu halten, eidlich verpflichtet sei, um auf diese Weise ein Wiederaufleben des Despotismus zu verhindern, und mit Rücksicht darauf, daß er ferner nicht zur Ausführung privater Willensäußerungen seiner Vorgesetzten berufen sei, räumte man dem Beamten eine weitgehende Prüfungsbefugnis ein, wenn anders er nicht die volle Verantwortlichkeit für die anbefohlenen Handlungen tragen sollte. Seine Prüfung mußte sich auf das Vorhandensein der gesetzlichen Formerfordernisse und die Übereinstimmung mit den geltenden Rechtsnormen erstrecken.

Dabei kann sich herausstellen entweder eine offenkundige Rechtswidrigkeit oder ein Zweifel an der Rechtsmäßigkeit des ergangenen Befehls. Während nun einige Rechtslehrer nur bei offenbarem Verstoß gegen das Gesetz dem Beamten die „Remonstration" zur Pflicht machten, im anderen Falle aber seine Gehorsamspflicht aufrecht erhielten, verlangte eine spätere Richtung in der Wissenschaft die „Remonstration" nur bei aufgetauchtem Zweifel. Zu den Vertretern dieser letzten Ansicht, die von Nicolaus Thaddäus Gönner begründet wurde, gehören von neueren Staatsrechtslehrern Herrmann Schulze, v. Rönne, Bluntschli, v. Mohl. Diese Lehre gewann so nachhaltigen Einfluß, daß sie sogar in einige noch heut in Geltung stehenden Staatsdienergesetze und Verfassungen Eingang gefunden hat, so in die von Sachsen[1]), Württemberg[2]). Sie, die treffend die Bezeichnung „Remonstrationstheorie" erhalten hat, hält den Beamten für „verbunden, seine Bedenken mit furchtloser Bescheidenheit dem Vorgesetzten vorzutragen", da es „eine besondere Staatsdienerpflicht ist, den Regenten und den Staat vor Schaden zu warnen".[3]) Wird aber trotz dieser Vorstellungen der Befehl aufrecht erhalten, dann ist der Beamte nunmehr zum Gehorsam verpflichtet.

Einmal geht nun diese Theorie von dem durchaus unrichtigen Standpunkt aus, daß ein rechtswidriger Befehl durch zweimalige Erteilung ein rechtmäßiger werde; „auch kann, was in seinem Grunde unrecht ist, nicht dadurch Recht werden, daß es ein anderer ausübt".[4]) Ferner erweist sie sich auch nicht als praktisch, besonders in jenen Fällen nicht, in denen es auf eine schnelle Durchführung der getroffenen Anordnung ankommt. Und wenn sie auch dem Beamten eine Prüfungsbefugnis des Dienstbefehls einräumt, so wird ihr Zweck doch sofort illusorisch, da der Untergebene ja doch nicht gemäß dem Ausfall

---

[1]) Gesetz von 1835. § 7.
[2]) Verf. § 53.
[3]) Gönner a. a. O. S. 204.
[4]) M. E. Mayer, a. a. O. S. 132.

seiner Prüfung handeln darf, vielmehr nach erfolgter „Remonstration" an die beanstandete Anweisung des Vorgesetzten gebunden ist. Nur in jenen Staaten, in welchen die Remonstrationstheorie zum Gesetz erhoben worden ist, wird sie den Beamten wenigstens von der Verantwortung für die angeordnete Übertretung von Landesgesetzen[1]) befreien.

Jedenfalls kann nach dem Gesagten nicht behauptet werden, daß dieser Theorie eine befriedigende Lösung auf rechtlicher Grundlage geglückt wäre.

Diese glaubt nun Laband[2]) und nach ihm unter eingehender Ausführung Freund[3]) zu bringen. Ihnen haben sich viele andere beistimmend angeschlossen. Laband verwirft die Remonstrationstheorie aus dem obengenannten Grunde, weil nach ihr die selbständige Prüfung jedes Befehles auf seine Gesetzmäßigkeit durch den angewiesenen Beamten sofort ihren Wert einbüßt, wenn er gegebenenfalls nach dem Vorstelligwerden bei dem Vorgesetzten doch den rechtswidrigen Befehl ausführen muß. Es erhellt nach Laband daraus die Notwendigkeit: soll die Prüfungspflicht überhaupt einen Wert haben, so muß ihr eine, von niemanden abzuändernde feste Grenze gezogen werden, für deren Beobachtung der Beamte dann voll und ganz die Verantwortlichkeit zu tragen hat, oder genauer gesagt: es muß die Verantwortlichkeit des Beamten bestimmt werden. Letzteres ist also einmal nötig im Interesse des internen Beamtenverhältnisses, dann aber auch zur Feststellung der Zuständigkeit des Beamten nach außen hin, d. h. gegenüber den von dem auszuführenden Befehl im letzten Grunde betroffenen Untertanen. Macht sich nämlich der Beamte durch seine Handlung verantwortlich, so begibt er sich dadurch des ihm im § 113 R.Str.G.B. zugesicherten strafrechtlichen Schutzes, da die Untertanen dem die gesetzlichen Grenzen überschreitenden Beamten berechtigten Widerstand entgegensetzen dürfen.

[1]) Über das Verhältnis zu den Reichsgesetzen vgl. S. 27.
[2]) Laband a. a. O. I. 431—436.
[3]) Freund a. a. O. I S. 108 ff. und S. 355 ff.

Laband zieht nun für die Begrenzung der Verantwortlichkeit eine Grenzlinie und zwar mittelbar aus einer Erörterung der §§ 10 und 13 R.B.G. in Verbindung mit § 113 Str.G.B.

Daß für die richtige Auffassung der §§ 10 und 13 R.B.G. eine unbeschränkte Prüfung der materiell- und formellrechtlichen Grundlage des Befehls nicht ausgeübt werden dürfe, begründet Freund[1]) damit, daß derjenige, „welcher die Gehorsamspflicht des Beamten von seiner freien Kritik dieses Befehls abhängig machen will, dem Beamten das Recht zugestehen will, die Verwaltungstätigkeit des Staates lahm zu legen". Damit würde der unterste Beamte zur höchsten Instanz hinsichtlich aller staatlichen Funktionen. Eine Prüfung der materiellen und formellen Gesetzmäßigkeit erscheint aus dieser Erwägung heraus unmöglich und gänzlich ausgeschlossen. Darum ist nur eine Untersuchung auf das Vorliegen der formellen Rechtmäßigkeit erforderlich und genügend, um den Beamten von der Verantwortlichkeit zu befreien. Bei der Ausführung formell-rechtmäßiger Dienstbefehle wird dann auch der Untergebene sich in der „gesetzentsprechenden Wahrnehmung des Amtes" gemäß § 10 R.G.B. befinden. Diese Forderung des zitierten Paragraphen ist aber weiterhin identisch mit der „Gesetzmäßigkeit der Amtshandlungen" in § 13 desselben Gesetzes und deckt sich auch mit der „Rechtmäßigkeit der Amtsausübung" des § 113 R.Str.G.B. Auf Grund dieser Übereinstimmung konstruiert nun Laband einheitlich die Grenze für die Beamtenverantwortlichkeit und fordert er Gehorsam gegenüber jenen Dienstbefehlen, die

1. die vorgeschriebene amtliche Form haben,

2. betreffs ihrer Ausführung zur allgemeinen sachlichen und örtlichen Zuständigkeit des untergebenen Beamten gehören, und

3. von dem sachlich und örtlich im allgemeinen zuständigen Vorgesetzten ausgehen.

---

[1]) Freund a. a. O. I S. 114.

Folglich ist ein Dienstbefehl, welcher gegen die angeführten Forderungen Labands verstößt, als ein rechtswidriger anzusehen und für den Beamten nicht gehorsamsverbindlich.

Gegen Labands Lösung der Frage nach den Grenzen der Gehorsamspflicht des Staatsbeamten steigen einige ernste Bedenken auf, welche dieselbe als nicht vollberechtigt erscheinen lassen. — Zunächst weist diese Theorie allzusehr auf die Verwendbarkeit ihres Resultates in der Praxis hin, so daß die Behauptung Freunds,[1]) dieselbe sei auf dem Boden des Rechts erwachsen, hinfällig wird. Laband legt nämlich seiner Lehre die Praxis zugrunde[2]) und glaubt, aus den tatsächlichen Verhältnissen heraus eine Richtschnur für alle Beamten geben zu können. Abgesehen davon, daß diese Methode für solche Fragen außer Betracht bleiben muß, kann § 113 Str.G.B. auf andere als Vollstreckungsbeamte sich nicht beziehen. Für letzere Behauptung liefern gerade die von Laband und Freund angeführten Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe treffenden Beweis; denn sie haben alle nur das Verhalten von Exekutivbeamten zum Gegenstand. Die Frage ist aber nach Laband und Freund ebenso zu entscheiden, wenn ein höherer Beamter, jedenfalls kein Exekutivbeamter, einen formell- oder materiell-rechtswidrigen Dienstbefehl erhält.

Sodann ist den Vertretern dieser Theorie offenbar entgangen, daß der Beamte ja gar nicht verantwortlich ist, soweit seine Unterordnung es verlangt, sondern für die verfassungs- und gesetzmäßige Verwaltung seines Amtes.

Ferner läßt sich mit Otto Mayer[3]) gegen die oben an zweiter Stelle genannte Forderung für einen rechtmäßigen verbindlichen Dienstbefehl einwenden, daß der Untergebene vielfach gar nicht in der Lage sein wird, die von ihm aus-

---

[1]) Freund a. a. O. S. 123.

[2]) Eine Bestätigung hierfür findet sich ausgesprochen bei M. E. Mayer a. a. O. S. 142 unten.

[3]) Otto Mayer a. a. O. II S. 239.

zuführende Handlung richtig zu würdigen, somit auch das zugestandene Prüfungsrecht praktisch kaum von Bedeutung sein dürfte.

Labands Theorie kennt keine Verpflichtung für den Staatsbeamten, formell-rechtswidrige Dienstbefehle zu befolgen; darauf soll sich aber auch seine Prüfungsbefugnis beschränken. Trotz dieser Beschränkung jedoch wird dem Beamten noch zugemutet, sein Amt verfassungs- und gesetzmäßig auszuüben. Wie wenig ihm dies nach Labands Lehre möglich sein wird, zeigt sich sofort, wenn ein inhaltlich gegen ein Strafgesetz verstoßender Befehl an ihn ergeht. Den formell-rechtlichen Anforderungen mag ein solcher noch gerecht werden und soweit den Beamten von seiner Verantwortlichkeit befreien; wegen der Verwirklichung seines Inhalts aber würde den untergebenen Beamten die gesetzlich angedrohte Strafe treffen. Darf hier noch berechtigterweise von rechtmäßiger Amtsausübung gesprochen werden? Hier zeigt sich die Notwendigkeit, daß auf irgend eine Weise auch die materiell-rechtliche Seite der Dienstanweisung Beachtung finden müsse. In solchem Falle erhellt also deutlich die Unzulänglichkeit der Labandschen Lehre, welche den Sinn des § 13 R.G.B. nicht trifft und somit auch nicht die Verantwortlichkeitsfrage zu lösen imstande ist. Denn niemand wird jetzt daran zweifeln: „eine äußerlich als rechtmäßig sich darstellende Vollstreckung kann nicht den Mangel der Rechtmäßigkeit in der Anordnung ersetzen, da dieselbe den Grund bildet und quod initio vitiosum est, in keinem Stadium seines Hinaustretens in die Wirklichkeit rechtmäßig werden kann“ [1]).

2. Der Staatsbeamte ist nicht zum Gehorsam verpflichtet gegenüber formell-rechtswidrigen Befehlen sowie gegenüber jenen, die gegen ein Strafgesetz oder ein Verbotsgesetz verstossen.

Dagegen werden die Ausführungen Otto Mayers im wesentlichen geeignet erscheinen, zu einer befriedigenden Lösung des Problems der Gehorsamsfrage auf juristischer

[1]) von Kirchenheim a. a. O. S. 192.

Grundlage hinzuführen. Wenn dieser Rechtslehrer die Pflicht zum dienstlichen Gehorsam als „eine Wirkung des Dienstbefehls bezeichnet“,[1]) in welchem „gerade dem Untergebenen maßgebend erklärt werden soll, was er rechtmäßig und gesetzmäßig kraft seiner Dienstpflicht zu tun hat“,[2]) so liegen die nämlichen Gedanken auch in den Abhandlungen Labands u. v. a. ausgesprochen. Aber schon aus den zitierten Worten läßt sich unschwer eine schärfere Betonung der Dienstpflicht des angewiesenen Beamten herauslesen, welch letztere Otto Meyer denn auch zur Grundlage und zum Angelpunkte seines Lösungsversuches macht. „Alles, was nicht . . . . aus dem Rahmen der Dienstpflicht überhaupt herausfällt, kann dem Dienstpflichtigen rechtsverbindlich befohlen werden“[3]) mit der Folgerung, daß dafür dienstlicher Gehorsam verlangt wird.

Was freilich die Verteidiger der herrschenden Lehre Labands wegen der Konsequenzen nie wird versöhnen können, ist die Tatsache, daß nach O. Mayer der Untergebene es selbst ist, der den Umfang der eigenen Dienstpflicht zu bestimmen hat, und daß diesem Rechte sogar der Dienstbefehl des Vorgesetzten weichen muß. Darum ist die Ausdrucksweise des Autors ganz und gar am Platze, wenn er diese Befugnis des Untergebenen als „ein stärkeres Recht“ bezeichnet gegenüber dem in der Erteilung des Dienstbefehls liegenden. Und warum sollten wir dem Beamten dieses stärkere Recht nicht einräumen, wo wir sehen, daß im modernen Rechtsstaate seine Befugnisse durch Rechtssatz oder Dienstinstruktion soweit geregelt sind, daß er ohne schädigenden Einfluß auf den Verwaltungsorganismus völlig selbständig bestimmt, wann und wie lange er sich bei der Ausführung von Dienstbefehlen seiner Vorgesetzten im Rahmen der persönlichen Dienstpflicht hält, und wann er durch deren Verletzung seine Verantwortlichkeit begründet.

[1]) O. Mayer a. a. O. II, 235.
[2]) O. Mayer a. a. O. II, 238.
[3]) O. Mayer a. a. O. II, 237.

Der Kern der eben gegebenen Erörterung, durch welche das Selbstbestimmungsrecht hinsichtlich der eigenen Dienstpflicht festgelegt wird, liegt jedenfalls darin, daß mit der Feststellung, was Dienstpflicht ist, auch die Schranke für den Gehorsam gezogen wird.

Nunmehr können wir es unternehmen, mit O. Mayer zu zeigen, welchen Erfordernissen ein Befehl entsprechen muß, um als zur Dienstpflicht gehörig ausgeführt zu werden. — Verlangt wird da zunächst, daß die dienstliche Anweisung „in Gestalt eines Dienstbefehls auftrete“.[1]) Damit will gesagt sein: Der dem Untergebenen erteilte Befehl muß von „seinem“ Vorgesetzten ausgehen und eine „dienstliche“ Angelegenheit betreffen; nach Laband: er muß die erforderliche Form aufweisen und in der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit des Vorgesetzten liegen. Damit ist jeder Befehl für verbindlich erklärt, welcher den das Innenverhältnis zwischen Vorgesetzten und Untergebenen regelnden Vorschriften genügt.

Weitergehend als Laband zieht Mayer der Gehorsamspflicht die äußerste Grenze am Strafgesetze.[2]) Um jedoch die Unverbindlichkeit eines Befehls, dessen Verwirklichung den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllen würde, nachzuweisen, genügt es freilich nicht, daß der Untergebene mit seinem Prüfungsrecht auf die formelle Rechtmäßigkeit beschränkt bleibt; andererseits widerstrebt es aber auch O. Mayer, „für die Gesetzmäßigkeit der Amtshandlung des Vorgesetzten (S. 239 oben)“ in der Person des Untergebenen einen Wächter zu bestellen. Berücksichtigen wir indes, daß „der Vorgesetzte durch das Mittel des Unter-

[1]) O. Mayer a. a. O. II, 236.

[2]) Allerdings kann nicht übergangen werden, daß bei dieser Gelegenheit dem Autor ein erheblicher Fehler unterläuft, wenn er nämlich behauptet, daß ein Dienstbefehl, der eine strafbare Handlung zum Gegenstande hat, etwas Unmögliches sei. Mit vollem Recht betont darum M. E. Meyer in der Straßburger Festschrift S. 141 Anm. 1, daß unter diesen Umständen „überhaupt kein Problem mehr bestände, eine Definition des Begriffs Dienstbefehls die ganze Frage lösen würde“.

gebenen einwirken will“[1]) auf die Untertanen, so macht sich doch die Befehlsgewalt nicht bloß geltend im Innenverhälnis zwischen Vorgesetzten und Untergebenen, sondern sie gewinnt Einfluß darüber hinaus. Daher ist es durchaus angebracht, wenn O. Mayer das Prüfungsrecht ausdehnt auf die Frage, ob der angewiesene Beamte auch berechtigt ist, den erhaltenen Befehl gegenüber den Untertanen zur Ausführung zu bringen. Wir sehen, die Prüfung erstreckt sich auf die Zuständigkeit des Untergebenen nach außen. Und wieweit dann sein Recht zur Ausführung reicht, soweit kann folgerichtig auch nur seine Pflicht, genauer gesagt: seine Dienstpflicht, reichen.

Mit der Prüfung, ob durch die Befolgung des Befehls die eigene Dienstpflicht erfüllt wird, wird gleichzeitig die Besorgnis M. E. Meyers zerstreut,[2]) der dem Untergebenen die Prüfung der materiellen Gesetzmäßigkeit deshalb nicht zumutet, weil dies zu schwer sei.

Übrigens treten zu den Erwägungen O. Mayers noch anderweitige Gründe hinzu, aus denen der dienstliche Gehorsam gegenüber einem Befehl zessiert, der mit den Strafgesetzen in Konflikt bringt. Diese hat der Gesetzgeber nicht bloß für die von den staatlichen Behörden geleiteten Untertanen erlassen, dergestalt, daß ihre Anwendung auf die Staatsbeamten suspendiert wäre, vielmehr wenden sie sich an alle Staatsangehörigen und sind dazu bestimmt, deren Rechtsgüter gegen jede Verletzung zu schützen. Allen also, auf die sich der Herrschaftsbereich des Strafgesetzbuches erstreckt, müssen dessen Bestimmungen als Richtschnur für ihr Handeln dienen. Da nun die Strafgesetze den Rechtsgütern des Individuums den wirksamsten Schutz gewähren, indem sie für den Übertreter eine Strafe, also ein Übel, in Aussicht stellen, so darf der Inhalt des Befehls nicht gegen ein Strafgesetz verstoßen. Und dies mit vollem Recht: Der Staat nämlich, der zu seinen vor-

[1]) O. Mayer a. a. O. II, 238.

[2]) Straßbgr. Festschrift S. 142.

nehmsten Aufgaben den Schutz der Interessen seiner Angehörigen zählt, kann doch nicht von seinen Beamten, welche er zur Erfüllung des Staatswillens bestellt hat, verlangen, sich über seine eigenen Anordnungen hinwegzusetzen, kurz: die für alle Untertanen verbindlichen Rechtsgrundsätze können nicht durch eine dienstliche Anweisung eines Vorgesetzten aufgehoben werden. Sollte ferner der Dienstbefehl des Vorgesetzen imstande sein, dem Untergebenen den Verstoß gegen ein Strafgesetz, m. a. W. die Verletzung des Rechts des Staates auf Gehorsam, zur Pflicht zu machen, und würde der Beamte dann trotz seiner Berufung auf das obwaltende Beamtendienstverhältnis wegen der Ausführung des Befehls bestraft, so wären dadurch nicht zu lösende Widersprüche geschaffen, die unmöglich vom Gesetzgeber gewollt sein können. — Nach O. Mayer ist es klar, daß der Beamte in solchem Falle eben deswegen bestraft würde, weil er seine Dienstpflicht verletzt hat. Denn auf Grund seiner „amtlichen Selbständigkeit" hätte er erkennen müssen, daß ein derartiger rechtswidriger Dienstbefehl auf eine Verletzung der eigenen Dienstpflicht hinausläuft und damit seine Verantwortlichkeit zur Folge hat. In demselben Sinne spricht sich v. Kirchenheim[1]) aus, daß bei „Anordnungen, die ein Strafgesetz verletzen und ein Delikt in sich enthalten würden, von Dienstpflicht nie die Rede sein könne", und dies schon deswegen nicht, weil im heutigen konstitutionellen Staate weder von den Untertanen ein sklavischer, sondern nur verfassungsmäßiger Gehorsam, noch von den Soldaten blinde Unterwerfung verlangt wird. Daher kann auch der Beamte nur zum sog. intelligenten Gehorsam verpflichtet sein. Wir sehen also: ein Dienstbefehl, welcher gegen ein Strafgesetz verstößt, befreit ihn von der Gehorsamspflicht.

Betrachten wir O. Mayers Lehre noch näher im Vergleich zu den bisherigen Lösungsversuchen des Problems. Ein uneingeschränkter Gehorsam wird von ihm durchaus ab-

[1]) v. Kirchenheim a. a. O. S. 199.

gelehnt und dem Beamten ein Prüfungsrecht zugestanden, wie es ihm in Anbetracht seiner persönlichen Verantwortlichkeit gebührt. Sogar trotz der jüngsten Rechtfertigung von Labands Lehre durch M. E. Meyer[1]) dürfte Otto Mayers Lösung nichts an Wert verlieren. In dieser Rechtfertigung wird nachdrücklich hingewiesen auf Labands Worte: „Geschäfte, zu deren Vornahme eine Behörde nach den bestehenden Rechtsvorschriften nicht befugt ist oder die ihr ausdrücklich untersagt sind, können keine Amtsgeschäfte sein“, und im Deutschen Reichsstaatsrecht[2]): „Die Gehorsamspflicht ist beschränkt auf gesetzmäßige Dienstbefehle der vorgesetzten Behörde.“ Solange jedoch Laband nur ein Recht zur Prüfung der „formellen“ Seite des Befehls statuiert, tut er der Gewissenhaftigkeit des Beamten Abbruch. Was kann es dem Untergebenen nützen, daß „seine bessere Einsicht eine Überlegenheit ist“,[3]) durch die er die Rechtswidrigkeit des Befehls erkannt hat, wenn er diese Einsicht lediglich „auf seinem Privatkonto buchen darf“. Eine derartige Auffassung der Pflichterfüllung des Beamten ist schwer vereinbar mit seiner Gebundenheit, „mit Aufwendung aller intellektuellen und ethischen Kräfte, die ihm anvertrauten öffentlichen Interessen zu wahren. Ein Beamter, der seine Geschäfte oberflächlich, flüchtig und ohne Energie erledigt, handelt pflichtwidrig, wenngleich er tut, was ihm befohlen wird.“[4]) Hier zeigt sich doch deutlich genug, daß mit der Bestimmung der Dienstpflicht durch den Untergebenen jede Komplikation vermieden werden kann und deswegen dem Begründer dieser Lösungsform beizutreten ist.

In einer gewissen Beziehung freilich kann noch ein weiteres, die Gehorsamspflicht einschränkendes Moment in Betracht kommen, welches darin besteht, daß der Inhalt

---

[1]) Vgl. Straßbgr. Festschr. S. 143.

[2]) Dtsch. Reichsstaatsrecht. Neubearbeitung auf d. Grundlage d. 3. Aufl. des kleinen Staatsrechts 1907. S. 96.

[3]) Festschrift S. 144.

[4]) Laband, Dtsch. Reichsstaatsrecht. S. 97.

eines Befehles einem gesetzlichen Verbote widerspricht. Auch in diesem Falle muß nach Bornhak[1]), an die Stelle der „Gehorsamspflicht eine Verpflichtung zur Verweigerung des Gehorsams treten". Als Grund für diese letztere Pflicht macht Bornhak geltend, daß der ausführende Beamte sich in solchem Falle persönlich verantwortlich machen würde. Wenngleich nun diese Begründung in ihrer wörtlichen Fassung von der oben gekennzeichneten Otto Meyers abweicht, so wird sie doch mit ihr dem Wesen nach sicher dasselbe besagen wollen. Denn wie man bei jenen Personen, die in irgendeinem privatrechtlichen Unterordnungsverhältnis stehen, erst dann von ihrer Verantwortlichkeit redet, wenn sie die ihnen obliegenden Pflichten verletzen, so sahen wir, daß nach dem von O. Meyer eingeschlagenen Gedankengange der Staatsbeamte seine persönliche Verantwortlichkeit in dem Augenblicke begründet, wo er seine Dienstpflicht nicht erfüllt. Bornhaks Ausdrucksweise wird demnach als eine Umschreibung aufgefaßt werden dürfen, wenn er den Gehorsam gegenüber rechtswidrigen Dienstbefehlen mit dem Eintritt der persönlichen Verantwortlichkeit des ausführenden Beamten aufhören läßt.

Außer in der Markierung der Grenze für den dienstlichen Gehorsam stimmen beide Schriftsteller auch darin überein, daß sie dem untergebenen Beamten die Prüfung aller ihm erteilten Befehle geradezu zur Pflicht machen zwecks Innehaltung der Grenzen der eigenen Dienstpflicht bezw. Vermeidung der persönlichen Verantwortlichkeit.

Was die Kernfrage betrifft, nämlich den Gehorsam gegenüber rechtswidrigen Dienstbefehlen, so findet sich Bornhak in vollkommener Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung hinsichtlich der formell-rechtlichen Erfordernisse. Weiterhin beschränkt er aber noch den Gehorsam auf jene Dienstbefehle, die nicht in den Gesetzen ausdrücklich verboten sind. Denn weil der Staat die Aufgabe des Rechtsschutzes gegen Angriffe vernünftiger, für ihr Handeln ver-

[1]) Bornhak a. a. O. II. 51 ff.

antwortlicher Menschen zu erfüllen hat, deshalb muß er kraft seiner Autorität jede Gefährdung oder gar Verletzung zu verhindern bestrebt sein. Dies wird ihm nun durch den Erlaß von Verboten in Gesetzesform möglich sein. Solche Verbotsgesetze enthält daher das positive Recht in den verschiedensten Gesetzen: in den Verfassungen, im Handelsgesetzbuch, in den Prozeßordnungen etc. Verlangt nun ein Dienstbefehl eine Zuwiderhandlung gegen ein derartiges Verbotgesetz, so wird der handelnde Beamte für die Ausführung die Verantwortlichkeit tragen müssen. Darum kann eine solche Anweisung für den Beamten auch nicht gehorsamsverbindlich sein.

Diese Einschränkung der Gehorsamspflicht folgert Bornhak zwar nur für den preußischen Staatsbeamten aus dem allgemeinen Landrecht I, 6, § 45; sie wird indes auch den Reichsbeamten zugute kommen, welche ja nach § 13 R.B.G. ihr Amt unter Beobachtung der Verfassung und der bestehenden Gesetze auszuüben verpflichtet sind. Ganz besondere Beachtung wird die genannte Einschränkung in einigen deutschen Bundesstaaten wie z. B. in Hessen und Sachsen finden müssen, wo die Beamten auch gesetzeswidrige Dienstbefehle kraft gesetzlicher Vorschrift zu befolgen verbunden sind. Für Verstöße gegen daselbst geltende Landesgesetze mag diese Vorschrift wohl noch zu Recht bestehen; handelt es sich aber um angeordnete Verstöße gegen reichsrechtliche Normen, dann muß auch dem Beamten des Einzelstaates das Reichsrecht als stärkeres Recht gelten und ihm als einzige Richtschnur für seine dienstliche Tätigkeit dienen, weil ja nach Art. 2 R.V. heut Reichsrecht Landesrecht bricht.

Wie wir aus dem Vorausgegangenen ersehen, ist der Erfolg sowohl der Übertretung eines Straf- wie eines Verbotsgesetzes die Begründung der Verantwortlichkeit des betreffenden Beamten. Dieser Umstand wird darum zu einer Nebeneinanderstellung der Lehrmeinungen Otto Mayers und Bornhaks für unsere Frage berechtigen. Und dies umsomehr, als beide Ergebnisse noch in einer anderen

Beziehung enge Fühlung haben. Zwar sind nicht alle gesetzlichen Verbote durch Strafdrohungen geschützt. Wo dies aber der Fall ist, da zeigt es sich, daß die Ansicht Bornhaks bezw. die Bestimmung des A.L.R.'s noch etwas weitergeht als O. Mayers Theorie. Gegenüber letzterer soll nämlich der Beamte schon davor geschützt werden, überhaupt nur die Voraussetzung für die subjektive Strafbefugnis des Staates zu schaffen. Otto Mayer indes bringt durch seine Lehre zum Ausdruck, daß durch Schaffung dieser Strafvoraussetzung der Staat gezwungen wird, von der ihm zustehenden Strafgewalt Gebrauch zu machen.

An der Hand einiger Beispiele kann nun auch dargetan werden, daß der unternommene Lösungsversuch der vielumstrittenen Frage nach den Grenzen des dienstlichen Gehorsams dank seiner juristischen Begründung auch einen praktischen Wert hat. Betrachten wir zunächst die richterlichen Beamten sowohl der Zivil- wie der Straf- und Verwaltungsgerichte. Teils werden sie als Justizverwaltungsbeamte, teils als Richter tätig. In ihrer ersteren Eigenschaft gilt hinsichtlich der ihnen erteilten Dienstbefehle das oben Gesagte im vollen Umfange. Wollte jedoch der Vorgesetzte den Richter als solchen zur Befolgung eines Befehls veranlassen, dann braucht der Richter sich nur die Vorschrift des § 1 G.V.G. vor Augen zu halten, um die Anweisung als unvereinbar mit diesem Gesetzesparagraphen, der für den rechtsprechenden Richter keinen Vorgesetzten zuläßt, und als mit dem schon in der preußischen Verfassungsurkunde Artikel 86 liegenden Verbote widerstreitend zu kennzeichnen und ihr dementsprechend Ungehorsam entgegenzusetzen; denn sie stellt sich als „eine unzulässige Einmischung"[1]) dar. Fälschlicherweise will hier Seydel[2]) die Weisung des Vorgesetzten an den Richter nicht als Dienstbefehl im technischen Sinne anerkennen. Darauf läßt sich erwidern, daß doch das formelle Erfordernis eines solchen zweifellos vorliegt; allerdings ist er ein rechtswidriger

[1]) Otto Mayer II. 240.

[2]) Seydel a. a. O. III S. 391. A. 1.

und darum „ein rechtlich unwirksamer“,[1]) nicht zum Gehorsam verpflichtender Befehl. Praktisch sind die dargelegten Rechtssätze für die richterlichen Beamten auch aus dem Grunde zu nennen, weil es bei ihrer Zugrundelegung nicht nötig ist, wie Freund[2]) von den aufgestellten Regeln eine Ausnahme dahingehend zu konstruieren, daß für den Richter in seiner richterlichen Eigenschaft bei dessen Amtsausübung eine Erweiterung seiner Prüfungsbefugnis von der formellen auch auf die materielle Seite einzuräumen sei. Diese Erweiterung greift besonders bei Anträgen anderer Gerichte oder von seiten der Staatsanwaltschaft Platz.

Eine einheitliche Betrachtung ist ferner bei den Exekutiv- oder Vollstreckungsbeamten möglich. Diese werden allgemein nur tätig auf Grund bestimmter, in den eigens für sie erlassenen Dienstinstruktionen und Gesetzen enthaltenen Voraussetzungen. Solche sind zumeist recht formaler Natur, z. B. bei den Sicherheitsbeamten, den Zollrevisionsbeamten und besonders beim Gerichtsvollzieher (vollstreckbarer Titel). Mit der Feststellung von dem Vorliegen dieser formellen Erfordernisse bestimmen diese Beamten sich selbständig ihre Dienstpflicht. Hinsichtlich dieser Kategorie erlangen nun allerdings die von Laband und Freund zitierten Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe die größte Bedeutung, da in ihnen durchgängig nur von den Vollstreckungsbeamten die Rede ist und nur über deren rechtmäßige Amtsausübung entschieden wird. Jedenfalls können sie auch als Belege für die Lehre Meyers und Bornhaks angeführt werden.

3. Behandlung der Frage in der Praxis der höchsten Gerichte.

Für alle erwähnten und ihnen ähnlichen Beamtenklassen, die in der Wissenschaft zu der großen Gruppe der Zivilbeamten gerechnet werden, — im Gegensatz zu den Militärbeamten, welchen daher unten ein besonderer Abschnitt zu widmen sein wird — haben weit größere Bedeutung als

---

[1]) Otto Mayer, S. 240. Note 13.

[2]) Freund a. a. O. S. 358/9.

die von Laband und Freund zitierten zwei Entscheidungen des Ober-Verwaltungsgerichts, in denen sich die Richtigkeit der gegebenen Lösung vollauf bestätigt findet.

So erklärt die eine „den Ungehorsam gegen eine Anordnung, welche gegen Verbotsgesetze verstößt, als eine Pflicht“ und „die Strafe für den Ungehorsam als ungerechtfertigt, wenn die Verfügung gar nicht erlassen werden durfte, rechtlich unzulässig oder tatsächlich unbegründet ist, auf Irrtum oder gar auf Willkür beruht, materielle Interessen des Dienstes gar nicht in Frage stehen“.[1]) Ebenso wertvoll ist eine zweite, in gleichem Sinne lautende Entscheidung desselben Gerichtshofes im 28. Bande.[2]) Danach „erscheint es als Pflicht des Untergebenen, den Gehorsam zu verweigern, wenn die Anordnungen gegen ein Verbotsgetz verstoßen; erwiesen sie sich in anderer Richtung als rechtswidrig, so kann der Ungehorsam als entschuldigt gelten“.

II. Abschnitt.

Der Militärbeamte.

§ 6. Begriff des Militärbeamten.

Wenn nun die Gehorsamsfrage hinsichtlich einer Klasse von Staatsbeamten, nämlich der Militärbeamten im Nachstehenden noch Gegenstand einer besonderen Erörterung wird, so mag die Berechtigung hierzu aus der Eigenart ihrer Stellung entnommen werden. Wer zunächst zu den Militärbeamten gehört, ist ersichtlich aus dem dem deutschen Militärstrafgesetzbuch vom 20. Juni 1872 beigegebenen Verzeichnis der zum deutschen Heere und zur Kaiserlichen Marine gehörenden Militärpersonen. Danach „sind Militärbeamte alle im Heere und in der Marine dauernd oder

[1]) Entsch. d. Ober-Verwaltungsgerichts, Bd. 12, S. 424.
[2]) ebendaselbst, Bd. 28, S. 408.

auf Zeit angestellten, nicht zum Soldatenstande gehörenden und unter dem Kriegsminister oder Chef der Admiralität als Verwaltungschef stehenden Beamten, welche einen Militärrang haben. Es macht dabei keinen Unterschied, ob sie einen Diensteid geleistet haben oder nicht. Militärbeamte, die im Offizierrange stehen, sind obere Militärbeamte, alle anderen Militärbeamten sind untere Militärbeamte." Aus dieser Definition geht gleichzeitig hervor, daß die rechtliche Grundlage der Stellung des Militärbeamten eine gleiche sein muß wie beim Zivilbeamten. Nachdem er sich aus freien Stücken dem Staate zu einer weiteren, das gesetzlich erforderte Maß des seiner Wehrpflicht genügenden Soldaten überschreitenden Dienstleistung erboten hat, wird auch ihm wie dem Zivilbeamten durch einen Hoheitsakt des Staates in der Form der Anstellung der Charakter eines Staatsbeamten verliehen. In die Augen fallend ist die Unterscheidung vom gemeinen Soldaten. Bei letzterem beruht das verpflichtende Dienstverhältnis auf gesetzlicher Vorschrift. „Wer aber als Berufssoldat" — wie es ja bei Militärbeamten der Fall ist — „weiter im Heer oder in der Flotte verbleibt, der steht nicht mehr in einem gesetzlich auferlegten, sondern in einem freiwillig übernommenen Dienstverhältnisse."[2])

§ 7. Begrenzung der Gehorsamspflicht im Frieden und im Kriege im allgemeinen.

Weiterhin ist auch die Ausübung des dem Militärbeamten übertragenen Amtes von einem wesentlich anderen Gesichtspunkte aus geregelt als die Dienstpflicht der Personen des Soldatenstandes. Denn während nach den Motiven für letztere „als leitendes Prinzip der pünktliche Gehorsam gegen den Vorgesetzten gilt, ist der Militärbeamte dagegen verpflichtet, das ihm übertragene Amt nach

[1]) Vgl. bezüglich des Diensteides § 359 Str.G.B. Nach der herrschenden Ansicht wird dem Eide nur eine sittliche Bedeutung beizumessen sein.

[2]) Kröll a. a. O. S. 26.

den Grundsätzen seiner Wissenschaft oder nach Verwaltungsgrundsätzen oder besonderen Instruktionen zu verwalten. Verstößt er hiergegen, so trifft ihn die Verantwortung. Deshalb können auf Militärbeamte die für Personen des Soldatenstandes gegebenen Strafgesetze an und für sich nicht zur Anwendung kommen; vielmehr müssen in strafrechtlicher Hinsicht diese Beamten im allgemeinen ebenso behandelt werden wie die Zivilbeamten, mit welchen sie im Wesentlichen gleiche Berufspflichten haben."[1]) Daraus ergibt sich, daß der Militärbeamte nicht die ausgedehnte Gehorsamspflicht wie der Soldat, aber auch nicht die gleiche weitgehende Befehlsgewalt desselben hat. In der Wahrnehmung seines Amtes ist er viel freier gestellt gegenüber den Anordnungen höherer Vorgesetzter, die nicht zu seinen direkten Vorgesetzten gehören. In dienstlichen Angelegenheiten steht er also völlig dem Zivilbeamten gleich, und es wird auf ihn hinsichtlich der Befehle seiner Vorgesetzten, wenngleich sie sämtlich militärische Vorgesetzte sind, vor allem betreffs der rechtswidrigen Dienstbefehle, das oben für den Zivilbeamten Gesagte uneingeschränkte Anwendung finden. „Diese Grundsätze reichen aber nur in Zeiten des Friedens aus.[2]) Für den Krieg sind sie ungenügend. Zur Sicherung der Armee sowie zur Erhaltung ihrer Schlagfertigkeit und Tatkraft ist es dringend geboten, daß im Kriege der Militärbeamte denselben Pflichten und somit denselben Strafbestimmungen unterworfen werde, wie eine Person des Soldatenstandes. Als leitender Gedanke muß es erachtet werden: im Kriege ist der Militärbeamte Soldat, im Frieden Beamter. Im Kriege muß beispielsweise der Militärbeamte nicht minder als jeder Soldat verpflichtet sein, behufs Erfüllung seiner Dienstobliegenheiten alle seine Kräfte anzuspannen und für die Folgen einer Pflichtverletzung ebenso wie der Soldat die Verantwortung zu übernehmen." — Gleiche Gefahr, wie von einer Person des Soldatenstandes können

---

[1]) Koppmann, a. a. O. Anm. Abs. 1 zu § 45.

[2]) Vgl. Koppmann a. a. O. Motive zu § 153 D.Mil.Str.G.B.

z. B. Ungehorsam gegen Dienstbefehle . . herbeiführen, wenn sie im Felde vom Militärbeamten begangen werden. Das Militärstrafgesetzbuch hat deshalb unter Berücksichtigung derjenigen Handlungen, welche wie z. B. Verweigerung des Fechtens aus Feigheit, vom Militärbeamten überhaupt nicht begangen werden können, diejenigen Handlungen bezeichnet, bei deren Begehung im Felde es vom militärischen Standpunkte aus geboten erschien, gegen Militärbeamte dieselben Strafbestimmungen wie gegen Personen des Soldatenstandes anzuwenden". Zu denjenigen Materien nun, die einheitlich für die Angehörigen des Soldatenstandes wie für Militärbeamte im Felde geregelt sind, gehört auch die Gehorsamspflicht[1]) gegenüber rechtswidrigen Befehlen. Im Kriege darf der sonst bestehende Unterschied zwischen den beiden Kategorien der Militärpersonen „eine Verschiedenheit in der Ausdehnung der Gehorsamspflicht nicht bedingen. Die Grenzen derselben müssen für jeden Soldaten die gleichen sein."[2]) Aus dieser prinzipalen Gleichstellung ergibt sich nun mit Notwendigkeit, daß der im Dienstrange tiefer stehende Beamte im Felde in jedem ihm Übergeordneten seinen Vorgesetzten zu erkennen hat, wenn dieser seine höhere Stellung in der Absicht geltend macht, durch korrigierende oder anordnende Befehle das dienstliche Verhalten seiner Untergebenen zu beeinflussen. Und daran wird auch nichts geändert, wenn der Vorgesetzte etwa nicht der direkte ist, ferner selbst dann nichts, wenn er einer anderen Waffengattung angehört. „Es ist selbstverständlich, daß der Gehorsam dem am Rang Höchststehenden geschuldet wird; Befehle niederer Vorgesetzter werden also durch Befehle höherer entkräftet; der spätere Befehl geht im allgemeinen dem früheren vor".[3]) Damit ist für den Krieg dem Militärbeamten eine weit größere Anzahl von Dienstvorgesetzten gegeben als im Frieden.

---

[1]) Vgl. § 153 mit § 47 M.Str.G.B.

[2]) van Calker a. a. O. S. 95.

[3]) van Calker a. a. O. S. 100.

§ 8. Der Dienstbefehl und seine Stellung zum „Befehl in Dienstsachen" nach dem M.Str.G.

Die Pflicht zum Gehorsam gegen den Vorgesetzten äußert sich nun hauptsächlich in dem Gehorsam gegen ihre Befehle. Das Militärstrafgesetzbuch aber, welches die Gehorsamsfrage für die Militärpersonen erschöpfend regelt, begnügt sich freilich nicht mit dem allgemeinen Ausdruck „Befehl", sondern macht einen Unterschied zwischen „Befehl in Dienstsachen" und „Dienstbefehl". Dieser Umstand erfordert daher eine Untersuchung darüber, welche der beiden Wendungen für die Beantwortung unserer Frage als Dienstbefehl zu betrachten sein wird.

Der Laie wird den „Befehl in Dienstsachen" und den „Dienstbefehl" zweifellos für gleichbedeutend halten. Wissenschaft und Gerichtspraxis aber streiten über das Wesen beider. Und in der Tat „vermengt das Gesetz hier zwei Unterscheidungsprinzipien, nämlich den Gegensatz von Befehlen in Dienstsachen und Befehlen in Privatangelegenheiten und den Gegensatz von Befehlen eines direkten Vorgesetzten und Befehlen eines anderen Vorgesetzen".[1]) Da es aber der Zweck der gesamten Heeresdisziplin namentlich vor dem Feinde erheischt, daß die Untergebenen der verschiedenen Waffengattungen jedwedem militärischen Vorgesetzten zum Gehorsam verpflichtet sind, so hat die heut herrschende Meinung durchweg, gestützt auf den Wortlaut der Dienstvorschriften, den Streit über den letztgenannten Punkt als müßig aufgegeben. In richtiger Erkenntnis versteht sie unter „Befehl in Dienstsachen" jeden Befehl irgend eines Vorgesetzten, der mit dem Dienste in direkter oder indirekter Beziehung steht.[2]) Gerade in den letzten Worten liegt das Wesen des „Befehls in Dienstsachen" ausgedrückt, „die anbefohlene Handlung oder Unterlassung muß ihrem Inhalt

[1]) Kröll a. a. O. S. 20.

[2]) Die Motive S. 80 definieren unklar als „Befehl in Dienstsachen": 'denjenigen Befehl eines dienstlich Vorgesetzten, welcher eine Dienstangelegenheit betrifft.'

nach »Dienst« sein, also in den Berufskreis des Soldaten . . . hineinfallen".[1]) Der „Dienstbefehl" dagegen, mit welcher Bezeichnung von den Motiven „ein jeder Befehl irgend eines militärischen Vorgesetzten verstanden wird", betrifft richtiger Ansicht nach nur Privatangelegenheiten, deren Ausführung oder Unterlassung in der Form eines Befehls vom Untergebenen verlangt wird, wogegen der Inhalt desselben bedeutungslos erscheinen muß.

Für die Frage der Gehorsamspflicht im Sinne des Themas wird also nur der „Befehl in Dienstsachen" als Dienstbefehl in Betracht zu ziehen sein. Die Berechtigung hierfür wird umsomehr einleuchten, als das oben für den Zivilbeamten Rekapitulierte hinsichtlich der Befehle in Privatangelegenheiten auch auf den Militärbeamten Anwendung finden muß. Auch er hat seine Dienste, seine ganze ungemessene Arbeitskraft nur dem Staate zur Verfügung gestellt, nicht aber zu dem Zwecke sich verpflichtet, die privaten Interessen seiner Vorgesetzten fördern zu helfen. „Denn eine Armee, in welcher der Soldat zum Gehorsam in Privatangelegenheiten nicht verpflichtet wäre, ließe sich allenfalls noch denken; die Pflicht zum Gehorsam in Dienstangelegenheiten ist neben der zur militärischen Treue die heiligste Obliegenheit des Soldaten, sie ist Existenzbedingung für jede Armee."[2])

§ 9. Der rechtswidrige Dienstbefehl (Befehl in Dienstsachen).

Haben wir eben gesehen, daß der Inhalt eines Befehls denselben zum Befehl in Dienstangelegenheiten macht, so stempelt auch der rechtswidrige Inhalt die Anweisung zum rechtswidrigen Befehl in Dienstsachen. Lag für den Zivilbeamten ein rechtswidriger Dienstbefehl dann vor, wenn er schon den genannten dreifachen Erfordernissen der formellen Rechtmäßigkeit nicht genügte, so lassen sich diese formell-rechtlichen Voraussetzungen für den militärischen

[1]) Festschrift für Laband S. 151.

[2]) Kröll a. a. O. S. 21.

Befehl in Dienstsachen als gänzlich bedeutungslos bezeichnen. Dies gilt zunächst hinsichtlich seiner Förmlichkeit. Für den Befehl in Dienstsachen genügt, daß er „als «Befehl« überhaupt kenntlich ist".[1]) Es findet sich denn auch nirgends eine bestimmte Form vorgeschrieben, so daß er mündlich, schriftlich, durch Signale, Zeichen, sogar als Ersuchen erteilt werden kann. In gleicher Weise stellt sich die Prüfung der Kompetenz des befehlenden Vorgesetzten als überflüssig heraus. Denn einmal ist der höhere Vorgesetzte jederzeit befugt, in seiner Eigenschaft als Vorgesetzter seine Befehlsgewalt gegenüber jedem niederen Beamten geltend zu machen; dann aber zeigt sich die Überflüssigkeit der Kompetenzfrage besonders deutlich in jenen Fällen, wo der höhere Vorgesetzte — wie es allenthalben üblich ist — seine Befehle auf dem Dienstwege einem vielleicht recht tiefstehenden Beamten zugehen läßt. Wohl wird hier der Befehl die Zuständigkeit des ihn übermittelnden Beamten übersteigen, aber dem Untergebenen wird es nicht einfallen, den ihm direkt befehlenden Vorgesetzten für unzuständig zu erklären. Daß die Frage nach der Kompetenz des Untergebenen von vornherein eine müßige ist, bedarf wohl keiner Begründung. Somit ist für den Militärbeamten im Kriege wenigstens ein formell-rechtswidriger Befehl in Dienstsachen nicht denkbar.

Und der materiellen Rechtmäßigkeit widerspricht der Befehl auch nur dann, wenn durch ihn gemäß § 47 M.Str.G.B. ein Strafgesetz verletzt wird. Daher macht der Verstoß gegen ein Verbotsgesetz oder gegen eine Disziplinarstrafordnung den Befehl noch nicht zu einem rechtswidrigen. Diese Auffassung entspricht dem klaren Wortlaut des § 47 Satz 1 M.Str.G.B.

Wie nun für den Zivilbeamten die Erteilung rechtswidriger Dienstbefehle geleugnet worden ist, so ist auch für die militärischen Verhältnisse behauptet worden,[2]) daß

[1]) van Calker a. a. O. S. 100.

[2]) Vgl. van Calker a. a. O. S. 112, 119; Koppmann in Note 11 zu § 47: „es fehlte dem, wenn auch in Form eines Befehls in

ein rechtswidriger Befehl in Dienstsachen nicht möglich sei und nur als Dienstbefehl betrachtet werden müsse. Dieser Ansicht steht einmal entgegen, daß der Unterschied zwischen beiden nur ein formeller ist,[1]) der mit dem Wesen des rechtswidrigen Befehls in Dienstsachen in keinem Zusammenhange steht; zweitens aber übersehen die Leugnenden, daß doch das Gesetz ausdrücklich in § 47 M.Str.G.B. den rechtswidrigen Befehl in Dienstsachen berücksichtigt und die damit zusammenhängende Verantwortlichkeit für seine Befolgung regelt; — ein unzweideutiger Beweis für die Möglichkeit rechtswidriger Befehle.

§ 10. Stellungnahme zum Thema.

Nach Erledigung der für die Lösung des Problems nicht zu umgehenden Vorfragen wird nunmehr dieselbe auf Grund der Bestimmung der Verantwortlichkeit zu versuchen sein. Von frühester Zeit an kannte das Recht einen verschiedenen Umfang der Gehorsamspflicht, den die Schlagworte „absoluter oder blinder“ und „beschränkter Gehorsam“ zum Ausdruck bringen. „Blind“ ist der Gehorsam, wenn der Befohlene für den Befehlenden nichts anderes ist, als eine von ihm in Bewegung gesetzte Maschine, ein willenloses Werkzeug, welchem der durch die Handlung erstrebte Zweck und die rechtlichen Folgen des auszuführenden Befehls völlig gleichgültig sein kann. Handelt dagegen der Angewiesene unter Beachtung allgemeiner Rechtsgrundsätze, nach denen „die Rechtspflicht über der Gehorsamspflicht steht“,[2]) oder erachtet der Militärbeamte die Wahrung der militärischen Treue für höher als den Befehl, so spricht man vom „beschränkten“ Gehorsam.

Als Konsequenz dieser Zweiteilung in absoluten und beschränkten Gehorsam ergibt sich weiter eine volle Unverantwortlichkeit bezw. eine teilweise Verantwortlichkeit

---

Dienstsachen erlassenen Auftrage von Anbeginn an die Eigenschaft eines Befehls in Dienstsachen.“

[1]) Vgl. hierzu Festschrift für Laband S. 150.

[2]) Gretener, Zum Entwurf . . . S. 13.

des Befohlenen. Wo daher die Befolgung eines rechtswidrigen Befehls in Dienstsachen den Beamten völlig unverantwortlich bleiben läßt, wird eine Pflicht zur Befolgung solcher bestehen, wo sie aber auch nur eine teilweise Verantwortlichkeit begründet, kann von einer gesetzlichen Verpflichtung des untergebenen Beamten nicht mehr die Rede sein.

Nun finden wir auch für die militärischen Staatsbeamten im Felde in dem für sie dann geltende Militärstrafgesetzbuch keine direkte Bestimmung darüber, wo die Grenze für ihren Gehorsam läuft. Ähnlich nur wie der Zivilbeamte wird er dieselbe erst mittelbar und zwar aus dem hierzu verwertbaren § 47 des Gesetzbuches ermitteln müssen, der in maßgebender Fassung lautet:

„Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich. Es trifft jedoch den gehorchenden Untergebenen die Strafe des Teilnehmers:

1. wenn er den ihm erteilten Befehl überschritten hat oder
2. wenn ihm bekannt gewesen, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte."

Im einzelnen betrachtet, stellt das Gesetz im ersten Satze des Paragraphen den Grundsatz der alleinigen Verantwortlichkeit des befehlenden Vorgesetzten und damit der gesetzlichen Gehorsamspflicht des untergebenen Beamten auf. Voraussetzung hierzu ist aber, daß der gegen ein Strafgesetz verstoßende Befehl eine Dienstangelegenheit betrifft. Darin liegt zugleich auch ausgesprochen, daß der dienstliche Befehl nicht bloß zur Zeit seiner Erteilung, sondern auch noch zur Zeit seiner Ausführung mit dem Dienste in einer, wenngleich noch so losen Beziehung steht. Daraus folgt nun, daß das Gesetz dem Beamten die Prüfungspflicht hinsichtlich dieser beiden Punkte auferlegt. Und nur dann, wenn er dabei zu einem positiven Ergebnis kommt, ist er verpflichtet, den rechtswidrigen Befehl in Dienstsachen unbedingt zu befolgen.

Aber gleich im engsten Anschluß an den eben erörterten Grundsatz von der alleinigen Verantwortlichkeit des Vorgesetzten statuiert das Gesetz in Nr. 1 des § 47 die Haftung des Untergebenen für jede Überschreitung des ihm erteilten Befehls. Diese in der Literatur allenthalben als selbstverständlich bezeichnete Abwälzung der Verantwortlichkeit auf den Handelnden erscheint in der Tat als überflüssig, zumal das Gesetz bei den Zivilbeamten stillschweigend jede Überschreitung ihrer Anweisungen als auf ihre private, persönliche Verantwortlichkeit geschehen ansieht.

Der ausdrücklichen Festlegung bedurfte dagegen die weiter in Ziffer 2 aufgestellte Durchbrechung des geltenden Prinzips. Danach soll die Verantwortlichkeit den untergebenen Militärbeamten treffen, wenn ihm schon bei der Erteilung oder spätestens bei der Ausführung des Befehls bekannt war, daß mit demselben ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckt wurde.[1]) Die gleiche Behandlung tritt auch ein in dem Falle, wo der Untergebene sich nur durch die Furcht vor dem Vorgesetzten zur Befolgung des Befehls bestimmen läßt.

Ziffer 2 läßt ferner entnehmen, daß die Handlung oder Unterlassung sich als Verbrechen oder Vergehen darstellt. Damit wäre die Kenntnis gerade von einem beabsichtigten Verbrechen oder Vergehen zu einem besonderen Strafbarkeitsmerkmal erhoben und zugleich die Verantwortlichkeit des Untergebenen von juristischen Kentnissen abhängig gemacht. Dies ist indes nicht der Sinn des Gesetzes; sondern es genügt zur Anwendung der Ziffer 2 des § 47, daß der den Befehl Ausführende die Tatsachen kennt,

[1]) Vgl. hier Art. 65 des Bayr. M.Str.G.B. von 1869: „Der Befehl zur Begehung einer strafbaren Tat macht in der Regel den Täter nicht straflos. Jedoch macht der dienstliche Befehl eines Vorgesetzten, durch dessen Ausführung ein Strafgesetz verletzt wird, den Untergebenen dann straflos, wenn er weder den ihm erteilten Befehl überschritten, noch gewußt hat, daß durch die Ausführung des Befehls nur die Verübung eines Vergehens oder Verbrechens bezweckt wurde. In allen Fällen bleibt der Befehlende strafrechtlich verantwortlich."

welche die Handlung als ein Verbrechen oder Vergehen, nicht aber bloß als Übertretung charakterisieren.

Aus Ziffer 2 folgt ohne weiteres, daß der Betreffende von Strafe frei und an den Befehl gebunden ist, wenn er von der auf das Verbrechen oder Vergehen gerichteten Absicht seines Vorgesetzten keine Kenntnis hat, oder wenn er an der Rechtmäßigkeit der beabsichtigten Handlung zweifelt oder sogar in dem Glauben befangen ist, der Vorgesetzte beabsichtige kein Verbrechen oder Vergehen. Denn für alle diese Annahmen gibt der Wortlaut der Ziffer 2 des § 47 die Richtschnur: nur, „wenn ihm bekannt gewesen ist . . . .“ Außer Zweifel steht schließlich auch die Straflosigkeit des Untergebenen, wenn der Befehl trotz seines an und für sich strafbaren Charakters durch die Kriegsraison als erlaubt oder gar geboten erscheint. Die Fälle des Nichtkennens und des Zweifelns an der Rechtmäßigkeit des Befehls in Dienstsachen werden obendrein äußerst selten vorkommen, da das Rechtsgefühl dem Einzelnen frühzeitig und bestimmt sagen wird, wann ein Verbrechens- oder ein Vergehensmoment vorliegt. Auch ist ein gewisser Vorteil dem Umstande nicht abzusprechen, daß das Gesetz keine Bestimmung über das Verhalten in Zweifelsfällen enthält; hätten sie doch stets eine Verzögerung der Ausführung des Befehls zur Folge, während gerade im Interesse der strengen militärischen Zucht im Kriege eine schnelle und sofortige Befolgung als geboten erscheint. Die Gefahr der Bestrafung wegen Ungehorsams wäre also sehr groß, was um so härter dann wäre, wenn die Ursache des Zweifels, der Befehl, sich hinterher doch als rechtmäßiger Befehl in Dienstsachen erwiese.

Zwar außerhalb der Betrachtung des Gesetzestextes liegend, aber trotzdem aus praktischen Gründen höchst bemerkenswert kann es erscheinen, daß der Beamte verpflichtet sein soll, einen Befehl auszuführen, der bekanntermaßen auf eine gesetzliche Übertretung[1]) abzielt. Aus

[1]) Hugo Meyer [Lehrbuch d. dtsch. Strafrechts 1895, S. 273 Anm. 52] will dagegen scheinen, daß der militärische Gehorsam

Satz 1 § 47 ergibt sich die Unverantwortlichkeit, und es wäre damit die Pflicht zum Gehorsam statuiert, also ein Fall, in dem die Verbindlichkeit eines rechtswidrigen Befehls anerkannt ist. Wohl wird in der Wissenschaft allgemein diese Folgerung gezogen, aber aus der Unverantwortlichkeit des Untergebenen kann nach M. E. Meyer[1]) richtigerweise noch nicht die Pflicht für ihn abgeleitet werden, das bestehende Recht zu verletzen. Das Zutreffende des eben Gesagten haben denn auch zahlreiche Rechtslehrer sicherlich empfunden. Als eine Aussöhnung mit dem bestehenden Widerspruch können wir van Calkers[2]) Darlegung betrachten. Er führt hierzu aus, daß der rechtsverletzende Charakter einer Übertretung meist nicht so evident sei, daß dem Untergebenen sofort und unter allen Umständen diese Eigenschaft der Handlung zum Bewußtsein kommt. Bemerkenswert ist desgleichen Bindings[3]) Argumentation, wonach der Staat im Interesse der straffen militärischen Disziplin die Ausführung eines unstatthaften Befehls als kleineres Übel hinnehmen müsse, um das Recht des Ungehorsams als das größere Übel zu vermeiden.

Demgegenüber verdienen ohne Zweifel die Darlegungen van Calkers[4]) und M. E. Meyers größere Beachtung. Es ist ihnen zuzustimmen, daß in der Gebundenheit zur Befolgung eines auf eine Übertretung abzielenden Befehls „eine ganz unbegreifliche Durchbrechung der sonst von unserer Rechtsordnung und auch vom Militärrecht festgehaltenen Grundsätze", ja geradezu „eine Nichtbeachtung der allgemeinen Rechtsgrundsätze" liegt, die nur durch ihre in der Wahrung der Disziplin liegende unumgängliche Notwendigkeit gerechtfertigt würde. Aber gerade diese läge nicht vor. Die Folge der Ausführung wird eine Abstumpfung des dem Soldaten

---

an der Begehung schwerer Straftaten (also Verbrechen) seine Grenze finden solle.

[1]) Festschrift S. 159 ff.

[2]) van Calker a. a. O. S. 113.

[3]) Binding Handbuch I S. 805.

[4]) van Calker a. a. O. S. 114; M. E. Meyer a. a. O. S. 159.

anerzogenen Gefühls für Disziplin sein. Unvermeidlich bleibt ferner eine Beeinträchtigung des allgemeinen Empfindens für Recht und Gerechtigkeit, wenn der Untergebene sich in die Zwangslage versetzt sieht, eine offenkundige, durch den Dienst in keiner Weise gerechtfertigte Rechtsverletzung zu begehen. Es fragt sich, ob hierdurch die Disziplin noch eine Förderung erfährt. Darum muß, „wenn die Achtung vor dem Gesetze höher stehen soll als die Achtung vor dem Vorgesetzten, der Gehorsam dem Gesetze gegenüber auch da vorgehen, wo dieses sein Verbot nur mit der Strafdrohung der Übertretung bekräftigt.“[1]) Es sollte demgemäß der untergebene Beamte nicht nur von der Befolgung des Befehls, dessen Charakter als Übertretung er genau kennt, entbunden, sondern sogar mit Strafe belegt werden, wenn die Ausführung trotzdem erfolgt. Die Verwirklichung dieses Gedankens, die eine Vervollständigung des § 47, insbesondere der Ziffer 2 bedeutete, wird bei einer Revision des M.Str.G.B. ins Auge zu fassen sein.

§ 11. Rechtfertigung der durch das M.Str.G.B. erfolgten Lösung.

Vergegenwärtigen wir uns jetzt die Grenzen der durch den § 47 bestimmten Gehorsamspflicht gegenüber rechtswidrigen Befehlen in Dienstsachen, so erhellt deutlich, daß dieselben im Kriege für den Militärbeamten bedeutend weiter gezogen sind als im Frieden, wo sie sich mit denen des Zivilbeamten decken. Trotz dieser Erweiterung darf aber der Gehorsam noch lange nicht ein blinder oder unbedingter genannt werden. Gleichwohl ist in der Literatur an diesem Ergebnis Anstoß genommen und die blinde Unterwerfung als die beste und einfachste Lösung des Problems hingestellt worden. So meint Rüdorff[2]) in seinem Kommentar zum M.Str.G.B., der allein „richtige Grundsatz, welcher . . . . hätte zur Anwendung kommen sollen, ist in der Allerh.

[1]) Kröll a. a. O. S. 40.

[2]) Rüdorff, Kommentar zum M.Str.G.B. 2. Aufl. von Solms 1878 S. 50.

Kabinettsorder vom 11. Mai 1821 ausgesprochen, in der der Gehorsam als erste Pflicht des Soldaten hingestellt und der befehlende Vorgesetzte für die Folgen seiner Befehle rücksichtslos und allein verantwortlich gemacht wird". Die Ansicht Rüdorffs teilt auch Brauer,[1]) da er schreibt: „Will man ein diszipliniertes, an Subordination gewöhntes Kriegsheer haben, so muß man den Grundsatz des blinden Gehorsams aufstellen." Zugunsten des blinden Gehorsams äußert sich van Calker[2]) durch die Erwägung, daß „die vom Heere" — und dazu gehören im Kriege doch auch die Militärbeamten — „geforderten Leistungen — insbesondere im Felde vor dem Feinde — eine rasche und pünktliche Ausführung aller von der obersten Leitung erlassenen Befehle bedingen. Im Kriege hieße es geradezu auf jeden Erfolg verzichten, wenn man dem Untergebenen eine Kritik der Befehle des Vorgesetzten gestatten wollte." Diese Forderung des unbedingten Gehorsams[3]) muß aber schließlich dazu führen, daß der untergebene Beamte wider seinen Willen und straflos die größten Verbrechen gegen sein Vaterland, zu dessen Verteidigung beizutragen er verpflichtet ist, sowie gegen die menschliche Gesellschaft zu begehen genötigt ist, ein Widerspruch, der von Binding[4]) treffend charakterisiert wird: „Deckt der Befehl den Untergebenen auch dann, wenn dieser die Verbrecherischkeit der Handlung einsieht, so ist, wie die Extreme sich oft berühren, die blindeste Unterwerfung unter die Disziplin zugleich die volle Anarchie des Rechts." Glücklicherweise ist aber eine solch offenkundige Überspannung der Fürsorge für eine strenge Disziplin im Heere gar nicht nötig. Den etwa vorkommenden Gehorsamsverweigerungen, welche die militärische Unterordnung gefährden, beugt das geltende

[1]) Brauer im „Gerichtssaal" 1856 Bd. VIII S. 396.

[2]) van Calker a. a. O. S. 102.

[3]) Sie wird auch von Laband a. a. O. IV. Bd. S. 148 aufgestellt, wenn er behauptet, der militärische Untergebene — und diese Stellung hat doch der im Felde stehende Militärbeamte — müsse allen dienstlichen Befehlen gehorchen.

[4]) Binding Handbuch I S. 115.

M.Str.G.B., das nur den bedingten Gehorsam zur Anwendung bringt, wirksam genug vor oder ahndet sie mit außerordentlich schweren gerichtlichen Strafen. So steht auf einfachen Ungehorsam gegen einen Befehl in Dienstsachen, begangen im Felde gemäß § 92 M.Str.G.[1]) Arrest; ist die Gefahr eines erheblichen Nachteils damit verbunden, so tritt im Felde Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 3 Jahren ein (vgl. § 93 Abs. 2); wird durch den Ungehorsam ein erheblicher Nachteil herbeigeführt, so droht § 93 Abs. 1 mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahre oder sogar lebenslänglicher Freiheitsstrafe; die ausdrückliche Gehorsamsverweigerung im Felde wird mit Gefängnis- oder Festungshaft nicht unter einem Jahre (§ 95 Abs. 1), vor dem Feinde nicht unter 10 Jahren, im schwersten Falle auch mit der Todesstrafe bedroht (§ 95 Abs. 2). Wer aber trotz dieser schweren Strafen den Gehorsam verweigern will, würde es auch tun, selbst wenn der unbedingte Gehorsam proklamiert wäre. Ein anderer Umstand, der für die Bevorzugung des bedingten vor dem unbedingten Gehorsam spricht, wird in der Rücksicht auf den Staat und seine Angehörigen zu sehen sein. Noch mehr Unheil als der einem Zivilbeamten, kann im Kriege der einem Militärbeamten erteilte rechtswidrige Dienstbefehl anrichten, der blind ausgeführt werden müßte. Das Ansehen des Staates und die auch im Kriege nicht schutzlosen Rechtsgüter der Untertanen müssen doch zweifellos mehr wiegen, als ein solcher Befehl, der beide gefährdet und schädigt. Diese Tatsache hat denn auch der Gesetzgeber gewürdigt und ungeachtet des Hinweises auf das Pflichtbewußtsein der militärischen Vorgesetzten und die gesetzlich angedrohten Strafen für die Fälle des Mißbrauchs der Befehlsgewalt eine neue Sicherungsmaßregel gegen strafbare Befehle in der durch den bedingten Gehorsam geschaffenen Prüfungsbefugnis des untergebenen Beamten getroffen. Darum ist Hecker[2]) nicht beizustimmen, welcher der Gesetzgebung zumutet,

[1]) Vgl. § 153 mit §§ 92—95 M.Str.G.B. bezüglich der subjektiven Anwendbarkeit dieser Bestimmungen.

[2]) Hecker über das Verhältnis . . . S. 56/57.

daß sie durch die Prüfung der Befehle den Untergebenen in eine bedenkliche Lage bringen wolle. Der Grund hierfür wird vielmehr der eben angedeutete sein. Immerhin stehen trotz der Annahme des bedingten Gehorsams die militärischen Grundsätze noch in Abweichung zu denen, welche für den Zivilbeamten gelten, in noch erheblicherer Sonderstellung aber zu jenen, die das bürgerliche Recht beherrschen. Keiner Erörterung bedarf es mehr, daß der blinde Gehorsam unvereinbar ist mit den allgemeinen Strafrechtsgrundsätzen. Eine Rechtfertigung des im § 47 M.Str.G.B. zur Geltung erhobenen beschränkten Gehorsams ist nur damit zu begründen, daß ohne ihn allerdings eine erhebliche Gefährdung des Bestandes und der Schlagfertigkeit des vor dem Feinde stehenden Heeres unvermeidlich wäre. Angesichts dieser Wahrheit „wird auch der Kriminalist Verstand und Patriotismus genug besitzen, um engherzige juristische Bedenken vitalen Interessen der Armee unterzuordnen.“[1]) Allein ein Zuviel in diesem Entgegenkommen darf doch nicht zu einer völligen Nichtachtung allgemeiner Rechtsgrundsätze führen, da „auch das M.Str.G.B., soll es anders diesen Namen verdienen, in erster Linie Gesetzbuch sein muß“.[2])

Die betonte Rücksichtnahme auf das Staatswohl, die militärische Disziplin und die allgemeinen Rechtsprinzipien haben nun die Verfasser des M.G.B. obwalten lassen, wie schon die Einführungsrede des Bevollmächtigten zum Bundesrat Dr. Fiedberg bei Einbringung der Vorlage eines deutschen M.Str.G.B. ersehen läßt:[3]) „Es war der oberste und alle übrigen Rücksichten beherrschende Gedanke, das Militärrecht mit den leitenden Grundsätzen des bürgerlichen Rechts in Einklang zu bringen, soweit das irgend tunlich erschien. Ich betone ganz ausdrücklich das Wort »tunlich«, weil allerdings überall da, wo von militärischer Seite gesagt

[1]) Gretener, Zum Entwurf . . . S. 13.

[2]) Gretener, ebenda S. 7.

[3]) Stenogr. Ber. über die Verhandlungen des Dtsch. Reichstags, 1873 Bd. I S. 93.

wurde, daß die besonderen Bedürfnisse der Disziplin, die Lebensbedingungen, unter denen eine Armee bestehen und in ihrer Tätigkeit erhalten werden kann, eine Gleichstellung mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts nicht gestatten, daß da überall von dem Versuche, das Militärrecht dem bürgerlichen Rechte zu assimilieren, abgestanden wurde."

Den Herren Geh. Justizräten Prof. Dr. Brie und Prof Dr. Gretener spreche ich für die gütige Förderung bei Abfassung vorstehender Arbeit meinen aufrichtigen Dank aus.

Lebenslauf.

Ich, Joseph Hans Buchmann, wurde am 13. März 1881 zu Breslau als Sohn des verstorbenen Arbeiters Johannes Buchmann und seiner Ehefrau Antonie geb. Ratajek geboren. Ich besuchte die städtische Volksschule und das Königl. St. Matthiasgymnasium, welches ich zum Herbsttermine 1904 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Hierauf widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Breslau (6 Sem.) und hörte bei folgenden Herren Professoren und Dozenten:

Beyerle, Brie, Dahn, Engelmann, Fischer, Gretener, Hedemann, Heilborn, Jörs, Klingmüller, Leonhard, Meyer, Sombart, Wolf.

Am 10. Februar 1909 bestand ich das mündliche Doktorexamen vor der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Nunmehr beabsichtige ich, die Kommunalverwaltungslaufbahn einzuschlagen.